

**VIVIANE VIANNA BONATTO**

**DA FAMÍLIA TRADICIONAL À CONTEMPORÂNEA:  
APONTAMENTOS SOBRE A FILIAÇÃO SÓCIO-AFETIVA  
E A ADOÇÃO À BRASILEIRA**

**CURITIBA**

**2006**

**VIVIANE VIANNA BONATTO**

**DA FAMÍLIA TRADICIONAL À CONTEMPORÂNEA:  
APONTAMENTOS SOBRE A FILIAÇÃO SÓCIO-AFETIVA  
E A ADOÇÃO À BRASILEIRA**

**Monografia apresentada como requisito  
parcial à obtenção do grau de bacharel  
em Direito, Curso de Graduação em  
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,  
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Eroulths Cortiano Jr.**

**CURITIBA**

**2006**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

VIVIANE VIANNA BONATTO

### **DA FAMÍLIA TRADICIONAL À CONTEMPORÂNEA: APONTAMENTOS SOBRE A FILIAÇÃO SÓCIO-AFETIVA E A ADOÇÃO À BRASILEIRA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Jr.  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Prof. Rodrigo Xavier Leonardo  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Prof<sup>a</sup>. Thais Venturi  
Universidade Tuiuti do Paraná

Curitiba, 25 de outubro de 2006

## DEDICATÓRIA

Ao meu filho, Luís Henrique,  
luz e alegria de minha vida, razão de  
meu esforço diário, a você dedico  
meu amor eterno.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais e irmão, que me ditaram a direção certa a tomar nos momentos de indecisão, pelo apoio e compreensão durante o longo caminho percorrido até aqui. Agradeço aos meus colegas pela paciência e auxílio em todas as horas. Um agradecimento especial, também, ao meu orientador, por toda a paciência e dedicação.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>vii</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>1 A FAMÍLIA.....</b>	<b>3</b>
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA .....	3
1.2 A FAMÍLIA NO BRASIL.....	9
1.2.1 Brasil Colônia .....	9
1.2.2 O Código Civil de 1916 .....	11
1.2.3 A Transição .....	15
1.2.4 A Constituição Federal de 1988 .....	17
1.2.5 O Código Civil de 2002 .....	20
<b>2 A FILIAÇÃO .....</b>	<b>23</b>
2.1 A DIMENSÃO JURÍDICA.....	24
2.1.1 A Presunção <i>Pater Is Est</i> .....	24
2.1.2 O Reconhecimento Voluntário e Forçado .....	28
2.2 A DIMENSÃO BIOLÓGICA.....	34
2.3 A DIMENSÃO SÓCIO-AFETIVA .....	36
2.3.1 A Posse do Estado de Filho.....	39
2.4 O CONFLITO DE PATERNIDADES E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA....	43
<b>3 O INSTITUTO DA ADOÇÃO NO BRASIL.....</b>	<b>48</b>
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS E O SISTEMA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	48
3.2 AS ALTERAÇÕES OCASIONADAS PELAS LEIS Nº 3.133/57 E Nº 4.655/65 .....	49
3.3 O CÓDIGO DE MENORES DE 1979: ADOÇÃO SIMPLES E PLENA.....	51
3.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E AS PREVISÕES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE .....	53
3.5 A DISCIPLINA NO NOVO CÓDIGO CIVIL.....	56
<b>4 ADOÇÃO À BRASILEIRA.....</b>	<b>59</b>
4.1 SANÇÕES CIVIS.....	62
4.2 SANÇÕES PENAIS.....	64
4.3 A QUESTÃO DA IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO À BRASILEIRA .....	70
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>74</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>78</b>

## RESUMO

O presente estudo destina-se à análise de uma das formas de estabelecimento da paternidade – a adoção à brasileira. Para tanto, traçou-se, primeiramente, a evolução da entidade familiar ao longo do tempo, desde o Direito Romano, com a família patriarcal, passando-se pelas disposições do Código Civil de 1916, que adotou características da família romana, até a Constituição de 1988, a qual trouxe inovações no tema, recepcionando o afeto como modo de estabelecimento das relações paterno-filiais, além do Código Civil de 2002, bastante criticado naquilo que se omitiu. A partir disso, tratou-se das três vertentes da filiação, quais sejam, a jurídica, estabelecida pela presunção *pater is est*, pelo reconhecimento voluntário ou por via judicial, a biológica, relativa ao vínculo genético, e a sócio-afetiva, exteriorizada pelos laços de afeto. Ainda, examina-se o procedimento legal da adoção, sua evolução legislativa e a atual disciplina jurídica. Por fim, examinou-se o fenômeno da adoção à brasileira, suas consequências civis e penais e a discussão acerca de sua irrevogabilidade.

Palavras-chave: filiação, sócio-afetividade, adoção à brasileira.

## INTRODUÇÃO

A filiação sócio-afetiva, estabelecida como um construído nas relações cotidianas entre pais e filhos, é uma realidade da qual nenhum operador do Direito pode fugir. Aliás, esse é um tema que, a cada dia, está mais freqüente nos debates jurídicos.

Dentre as modalidades dessa filiação baseada na afetividade encontra-se a adoção à brasileira, ou seja, o registro de filho alheio como próprio, tema que, infelizmente, até hoje não foi tratado de forma sistemática pela doutrina, apesar de ser fenômeno muito freqüente no Brasil.

Nessa perspectiva, procurou-se, no presente trabalho, tratar a questão a partir dos valores estabelecidos na Constituição de 1988, como o estatuto unitário da filiação, a responsabilidade parental e a doutrina da proteção integral, de modo a esboçar respostas a questionamentos surgidos de longa data e que ainda não foram suficientemente esclarecidos.

Para tanto, foi necessário, em um primeiro momento, delinear a evolução pela qual passou a família ao longo do tempo, desde sua concepção patriarcal até a atual noção eudemonista (capítulo 1). Posteriormente, foram analisadas as três dimensões possíveis da filiação – jurídica, biológica e sócio-afetiva – de forma a determinar as características de cada uma e procurando estabelecer um critério de solução no caso de conflito, que perpassa pela idéia do melhor interesse da criança (capítulo 2).

Realizou-se, ainda, o estudo do instituto jurídico da adoção, abrangendo seu conceito e a modificação experimentada na legislação sobre esse tema ao longo do tempo (capítulo 3), para, finalmente, adentrar-se na questão da adoção à brasileira, fazendo um apanhado das questões mais relevantes, tentando-se sistematizar, através da análise de textos doutrinários e da jurisprudência, seus aspectos fundamentais (capítulo 4).

Procurou-se demonstrar que o posicionamento no sentido de sempre se dever anular o registro irregular por não corresponder à verdade biológica não abrange a complexidade inerente ao tema, que demanda uma reflexão mais profunda a respeito do que seria, efetivamente, a verdade da filiação. Nessa



perspectiva é que se trouxe um posicionamento mais atual, que determina a manutenção do registro, quando este declara o vínculo afetivo existente entre pais e filhos.

## 1 A FAMÍLIA

O vocábulo família não possui significação unívoca, pois que expressa uma realidade sociológica, portanto mutante por sua própria natureza. Assume, portanto, a família, diferentes características de acordo com o tempo e a região em que se encontra inserida, afinal, como leciona Michelle PERROT, “toda sociedade procura acondicionar a forma da família a suas necessidades”.<sup>1</sup>

Então, o que se rotula hoje como “crise” da família, prevendo alguns, inclusive, o fim de tal instituição, na verdade nada mais seria que uma mudança em sua estrutura e nos valores que a fundam.

Assim, para que possamos melhor compreender essa transformação, torna-se necessária uma abordagem histórica da entidade familiar, o que passamos a fazer a seguir.

### 1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

Em Roma,<sup>2</sup> o fundamento da família não se encontrava na afetividade, tampouco no nascimento, mas no poder paterno ou marital, que se originava diretamente da religião.<sup>3</sup>

Esta, portanto, era incumbida, em sua totalidade, ao *pater*: era ele quem desempenhava as funções mais elevadas em todos os ritos e a ele cabia a responsabilidade pela perpetuação do culto doméstico. Eram incumbidas ao pai as

---

<sup>1</sup> PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *Veja: 25 anos: Reflexões para o futuro*, São Paulo: Abril, 1993. p. 75.

<sup>2</sup> Optamos por não abordar a fase primitiva da família, pois entendemos não guardar maior pertinência com o objeto deste estudo, vez que a família, verdadeiramente, só começou a ter estrutura social a partir do direito romano. A mesma opção faz Orlando GOMES em sua obra *Direito de Família*: “o estudo das teorias sociológicas (Morgan, Mac Lennan, Bachofen, Lubbock, Engels) e jurídicas (Summermaine, Meyer, Bonfante) sobre a formação dos grupos familiares primitivos não interessa, fundamentalmente, ao conhecimento da estrutura jurídica atual da família”. (GOMES, Orlando. *Direito de família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 39)

<sup>3</sup> Nas palavras de COULANGES, “a família era, dessa forma, um grupo de pessoas a quem a religião permitia invocar os mesmos manes e oferecer o banquete fúnebre aos mesmos antepassados”, era, portanto, “mais uma associação religiosa do que uma associação natural” (*A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. 8. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999. p. 30).

funções de sacerdote, chefe político e juiz, e a seu poder, quase absoluto, submetiam-se os filhos, a mulher e os escravos. Era-lhe permitido dispor livremente dos bens e das pessoas, sendo-lhe reconhecido, inclusive, o direito de vida e de morte sobre os seus (*jus vitae et necis*).<sup>4</sup>

A mulher encontrava-se em situação de total submissão, nunca adquiria autonomia, pois passava da situação de filha, subordinada ao poder parental, à de esposa, devendo, então, obediência ao marido. Já quanto aos filhos, não era suficiente a filiação, ainda que incontestável, para que fossem incluídos no “círculo sagrado da família”,<sup>5</sup> era necessário o reconhecimento pelo pai e a iniciação do culto:<sup>6</sup>

A entrada deste filho na família assinalava-se por um ato religioso. Era preciso, antes de tudo, obter bom acolhimento da parte do pai. Este, a título de senhor e de mestre vitalício do lar e de representante dos ancestrais, devia decidir se o recém-nascido era ou não da família. O nascimento constituía apenas o vínculo físico; esta declaração do pai criava o vínculo moral e religioso.<sup>7</sup>

É a família romana, portanto, uma “unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional”,<sup>8</sup> que, com sua estrutura unitária e fundamento na autoridade incontestável do *pater*, perfaz-se como a expressão mais veemente do patriarcado.<sup>9</sup>

Posteriormente, como consequência da influência exercida pelo cristianismo e em reação à decadência moral que experimentou o Império Romano, a instituição familiar sofreu algumas modificações, dando lugar ao que José RUSSO denomina de “família comunitária medieval”: o casamento, sacralizado, foi erigido a alicerce,

---

<sup>4</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>5</sup> COULANGES, Fustel de. *Op. cit.*, p. 63.

<sup>6</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>7</sup> Idem, p. 37. A respeito, também leciona Paul VEYNE: “Em Roma, um cidadão não ‘tem’ um filho: ele o ‘toma’, ‘levanta’ (*tollere*); o pai exerce a prerrogativa, tão logo nasce a criança, de levantá-la do chão, onde a parteira a depositou, para tomá-la nos braços e assim manifestar que a reconhece e se recusa a enjeitá-la. (...) A criança que o pai não levantar será exposta diante da casa ou num monturo público; quem quiser que a recolha” (O Império Romano. In: VEYNE, Paul (Org.). *História da vida privada: do império Romano ao ano mil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 23).

<sup>8</sup> WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 30.

<sup>9</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 39.

indissolúvel, da família;<sup>10</sup> e a mulher passou a ser responsável pelo governo doméstico e pela educação dos filhos, porém ainda em situação de inferioridade em relação ao marido.<sup>11</sup>

Outra importante modificação no panorama do núcleo familiar ocorre com a Revolução francesa, no século XVIII.<sup>12</sup> No Estado liberal, pós-revolucionário, a família continua essencialmente matrimonializada, patrimonializada, hierarquizada e assentada no poder paterno.<sup>13</sup> É uma instituição transpessoal, “átomo da sociedade civil”,<sup>14</sup> que “deveria cumprir as diversas missões para com o Estado, dentre as quais estão a procriação, a formação de mão-de-obra, a transmissão do patrimônio e o fornecimento da primeira base de aprendizado”.<sup>15</sup>

A família era uma “construção racional”,<sup>16</sup> freqüentemente originada em casamentos arranjados, com vistas a interesses políticos e econômicos.<sup>17</sup> O terreno da afetividade, portanto, relegado a um segundo ou terceiro plano, era tido como um “feliz acidente” na vida dos cônjuges.

---

<sup>10</sup> Arnoldo WALD, a respeito, explica que “sendo o matrimônio não apenas um contrato, um acordo de vontades, mas também um sacramento, não podiam os homens dissolver a união realizada por Deus: *quod Deus conjunxit homo non separet*” (*Op. cit.*, p. 33).

<sup>11</sup> RUSSO, José, As sociedades afetivas e sua evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, a. 7, n. 32, p. 40-49, out.-nov. 2005, p. 43.

<sup>12</sup> Nessa época, dá-se início à laicização do Estado - a separação entre o Estado e a Igreja -, no entanto, o Direito Canônico ainda se fazia intensamente presente, como explica Sílvio VENOSA: “pela forte influência religiosa e como consequência da moral da época, o Estado não se afasta muito dos cânones, assimilando-os nas legislações com maior ou menor âmbito. Manteve-se a indissolubilidade do vínculo do casamento e a *capitis diminutio*, incapacidade relativa da mulher, bem como a distinção legal de filiação legítima e ilegítima” (*Direito Civil: direito de família*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 29).

<sup>13</sup> “O pai, patriarca, reina como um deus no tabernáculo de sua casa”. (PERROT, Michelle. Figuras e papéis. In: PERROT, Michelle (Org.). *História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 128).

<sup>14</sup> PERROT, Michelle. Funções da família. In: PERROT, Michelle (Org.). *História...*, p. 105.

<sup>15</sup> CARDOSO, Simone Tassinari. Do contrato parental à socioafetividade. In: ARONNE, Ricardo (Org.). *Estudos de Direito Civil – Constitucional*. v. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59.

<sup>16</sup> PERROT, Michelle. A família triunfante. In: PERROT, Michelle (Org.). *História...*, p. 94.

<sup>17</sup> Indica, brilhantemente, Michelle PERROT: “O casamento é uma negociação, conduzida pelos parentes (as tias casamenteiras), pelos amigos, pelos próximos (o padre), e todos os seus fatores devem ser avaliados” (Figuras e papéis. In: PERROT, Michelle (Org.). *História...*, p. 136)

Cada membro da entidade familiar desenvolvia um papel específico, que lhe era atribuído com base em sua posição e em seus “caracteres naturais”,<sup>18</sup> porém todos se dedicavam à manutenção e ao fortalecimento da família-instituição, “o todo superior às partes, que devem se submeter a ele”.<sup>19</sup> Nas palavras de Simone CARDOSO, “a família possuía um sentido transpessoal, institucionalizado, como se dotada de vida própria, existindo em função de um interesse familiar superior, sobreposto às vontades individuais”.<sup>20</sup>

Hierarquizada, na família sobrepunha-se a autoridade do pai sobre a mulher e os filhos. Era ele quem ocupava o ápice da pirâmide familiar, cabendo-lhe tomar as decisões mais importantes. Seu poder era praticamente ilimitado,<sup>21</sup> pouco ou nada se poderia fazer para conter sua tirania, uma vez que “o direito, a filosofia, a política, tudo contribui para assentar e justificar sua autoridade”.<sup>22</sup>

O patrimonialismo significava, igualmente, um aspecto importante, na medida em que a preocupação era muito maior com o “ter” que com o “ser”. Daí a função procracional da família, pois esta, enquanto elemento essencial da produção, unidade econômica fundamental para o desenvolvimento do Estado, crescia e se fortalecia com o aumento do número de braços responsáveis pelo trabalho.<sup>23</sup>

Com o advento da industrialização e da urbanização, nos séculos XIX e XX, a família sofre mudanças em sua composição, passando de “grande família” (família numerosa) a “família nuclear” (pais e prole), em razão, principalmente, de dois

---

<sup>18</sup> PERROT, Michelle. A família triunfante. In: PERROT, Michelle (Org.). *História...* p. 94.

<sup>19</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>20</sup> CARDOSO, Simone Tassinari. *Op. cit.*, p. 33.

<sup>21</sup> Ressalta Michelle PERROT que, na França oitocentista, “o pai pode mandar prender os filhos e recorrer às prisões do Estado, como se fazia no sistema das ordens régias, a título de ‘correção paterna, o qual mantém uma polícia de família onde o poder público age por delegação. Todavia, os artigos 375-382 do Código Civil (livro I, título IX) definem as condições para isso’. O pai que [tem] motivos de descontentamento muito graves sobre a conduta de um filho pode apelar ao tribunal do distrito; até os 16 anos, a detenção não pode se estender para além de um mês, e dos 16 anos até a maioridade pode chegar a seis meses” (Figuras e papéis. In: PERROT, Michelle (Org.). *História...*, p. 122-123).

<sup>22</sup> Idem, p. 121.

<sup>23</sup> A respeito, lembra Simone Tassinari CARDOSO que “a missão biológico-procriadora era um verdadeiro imperativo, proveniente de um duplo fato: de um lado a necessidade de muitos membros para que a família pudesse sobreviver, de outro o alto índice de mortalidade infantil” (*op. cit.*, p. 32)

fatores: o ônus que representa a criação de um filho e a desvalorização da mão-de-obra frente ao progresso da mecanização e da automação.<sup>24 25</sup>

Nesse contexto histórico, a mulher adentra o mercado de trabalho, o que altera profundamente seu papel na família e na sociedade. São-lhe reconhecidos, progressivamente, diversos direitos, ao ponto de hoje possuir, na maioria das legislações, direitos iguais aos dos homens. Do mesmo modo, deixa de existir a figura do “cabeça do casal”, dividindo a mulher e o marido a direção da família, o que também altera, profundamente, a relação existente entre pais e filhos. Desponta, aqui, a família democrático-afetiva:

Outro é hoje o padrão do comportamento dos membros de uma família nuclear. Não mais o marido tirano, mulher submissa e filhos aterrados. O ambiente familiar descontrai-se e as relações entre marido e mulher e entre pais e filhos travam-se numa atmosfera bem diferente, cada qual destes membros do grupo movendo-se com liberdade, ou ao menos compreensão dos outros.<sup>26</sup>

Por conseguinte, valoriza-se o afeto e as vontades individuais de cada um dentro da entidade familiar, que não mais corresponde àquele “todo superior às partes”. Nessa visão *eudemonista*<sup>27</sup> da família, privilegia-se o desenvolvimento pessoal e a felicidade do indivíduo, possibilitando a realização plena de suas potencialidades.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> CARDOSO, Simone Tassinari. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>25</sup> Ensina Michelle PERROT, citando Louis BERGERON (*Histoire des français*, t. II, p. 155), que “a família nuclear se mostrou bem adaptada ao arranque industrial. ‘O espírito doméstico, a idéia de vida privada condiziam perfeitamente com essa atividade de formiga trabalhadeira, secreta, sem convívio, imposta pela industrialização primitiva’” (PERROT, Michelle. Funções da família. In: PERROT, Michelle (Org.). *História...*, p.112).

<sup>26</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 18. No mesmo sentido, aponta Sílvio VENOSA o surgimento, com a industrialização, de um novo modelo de família: “a família perde sua característica de unidade de produção. Perdendo seu papel econômico, sua função relevante transfere-se ao âmbito espiritual, fazendo-se da família a instituição na qual mais se desenvolvem os valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre seus membros” (*op. cit.*, p. 18).

<sup>27</sup> Quanto a essa expressão, explica Simone CARDOSO que “a concepção de eudemonismo está relacionada com a moral utilitarista grega, na qual o homem procura ser feliz, sendo esta a finalidade da vida” (*op. cit.*, p. 100).

<sup>28</sup> Faz Luiz Edson Fachin brilhante exposição acerca da distinção entre duas “espécies” de família – a extensa, patriarcal e a nuclear, eudemonista - nos seguintes termos: “No antigo modelo da *grande-família* avulta o caráter patriarcal e hierarquizado da família, centrada no matrimônio; trata-se a família como um grupo ou comunidade, fundada sobre a homogeneidade das crenças e na divisão dos papéis familiares, preocupada com sua sobrevivência material, biológica e cultural. (...) A *pequena-família*, distante da família patriarcal caracterizada por ser uma unidade de produção, é muito mais

Nesse contexto, o patrimonialismo e o patriarcalismo deram lugar à “repersonalização”.<sup>29</sup>

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana e da dignidade de cada um de seus membros, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendência enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado *repersonalização das relações civis*, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais.<sup>30</sup>

Tal fenômeno baseia-se, principalmente, no reconhecimento da pluralidade familiar e na valorização do respeito mútuo, da cooperação, da solidariedade, da igualdade substancial e da liberdade individual, tendo como prisma, como elemento aglutinador, a afetividade. Como descreve Paulo Luiz Netto LÔBO: “a família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus variados tipos ou arranjos”.<sup>31</sup>

Na esteira dessa evolução, abrem-se as portas, ainda, para o advento da família “pós-nuclear”, da qual é exemplo a família monoparental, formada por um dos pais e seus descendentes.

Assim sendo, por tudo o que foi exposto é de se concluir que a “crise” a que nos referimos no início desse trabalho, longe de marcar o fim da família, na verdade diz respeito à decadência de um modelo familiar já obsoleto, que não mais atende aos anseios da sociedade.

---

um núcleo onde são dominantes as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. (...) A família, ao transformar-se, valoriza as relações afetivas entre seus membros. O que conta na família nuclear é a satisfação das necessidades pessoais, numa comunhão de sentimentos e de afeto, isto é, de vida e de história. Sob a concepção *eudemonista* da família, não é o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.” (*Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 24-25).

<sup>29</sup> A expressão “repersonalização” é atribuída ao jurista Paulo Luiz Netto LÔBO, que a utilizou em trabalho intitulado *A repersonalização das relações de família*, pela primeira vez publicado em 1989, como capítulo, na obra coletiva *O direito de família e a Constituição de 1988*, sob a coordenação de Carlos Alberto BITTAR. Utilizamos, entretanto, no presente estudo, a versão atualizada pelo próprio autor, datada do ano de 2004.

<sup>30</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

<sup>31</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização...*

Como afirma Michelle PERROT, o que se rejeita é o *nó*, não o *ninho*,<sup>32</sup> ou seja, quer-se desfazer daquilo que de negativo existia na família – como o poder desmedido do marido e do pai, a subordinação da mulher e a visão dos filhos como meros objetos, por exemplo – e conservar seus aspectos positivos – a solidariedade, o respeito mútuo, a proteção contra agressões exteriores, os vínculos de afeto e de amor –, conciliando a liberdade individual com a real possibilidade de felicidade e realização pessoal de cada um de seus membros.

## 1.2 A FAMÍLIA NO BRASIL

Feito o esboço da evolução por que passou a família, de forma geral, ao longo do tempo, vejamos como se deram as transformações no núcleo familiar aqui no Brasil.

### 1.2.1 Brasil Colônia

Era a família brasileira nos primeiros séculos de nossa história, hierarquizada, matrimonializada, de feição transpessoal e apoiada no poder soberano do pai. Já quanto ao afeto, sua presença seria presumida.<sup>33</sup>

À época, a entidade familiar possuía não só uma função social, mas também política e econômica. Nesse âmbito, o casamento tinha grande importância, daí a presença bastante freqüente de arranjos conjugais, que levavam em conta, antes de qualquer outro fator, as conveniências econômicas e os interesses de classe.<sup>34 35</sup>

---

<sup>32</sup> PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*, p. 81.

<sup>33</sup> CARDOSO, Simone Tassinari. *Op. cit.*, p. 61.

<sup>34</sup> Idem, p. 390.

<sup>35</sup> Ainda quanto aos casamentos ditos “arranjados”, Gilberto FREYRE aponta a existência, bastante freqüente, de enlases entre primo e prima, ou entre tio e sobrinha; “casamentos cujo fim era evidentemente impedir a dispersão dos bens e conservar a limpeza do sangue de origem nobre ou ilustre” (*Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal*. Edição crítica coordenada por Guillermo Giucci, Enrique Rodríguez Larreta e Edson Nery da Fonseca. Madrid; Barcelona, La Habana; Lisboa; Paris, México; Buenos Aires, São Paulo; Lima; Guatemala; San José: ALLCA XX, 2002. p. 349).



Quanto à mulher, sua situação era de plena submissão, primeiramente à tutela paterna e depois ao domínio do marido.<sup>36</sup> Apenas exercia algum “poder” na esfera doméstica.<sup>37</sup> Em relação ao *pater*, figura principal do núcleo familiar, sua autoridade, “virtualmente ilimitada”,<sup>38</sup> era exercida sobre um círculo de pessoas maior que sua família nuclear (mulher e filhos), estendendo-se a escravos, agregados, parentes mais próximos e, inclusive, vizinhos.<sup>39</sup> Todas essas pessoas viviam sob sua dependência e deveriam acatar estritamente as suas ordens, compondo o que se convencionou chamar de “a grande família”.<sup>40</sup>

Por outro lado, e aqui abrindo um parêntese de grande importância, essa “grande família”, de forte cunho patrimonialista, apesar de posteriormente eleita como padrão pelo Código Civil Republicano de 1916, não foi, segundo a historiografia recente, o modelo usualmente encontrado em nossa sociedade.<sup>41</sup>

---

<sup>36</sup> A respeito, Gilberto FREYRE explica que “as meninas criadas em ambiente rigorosamente patriarcal, estas viveram sob a mais dura tirania dos pais – depois substituída pela tirania dos maridos” (*Op. cit.*, p. 426).

<sup>37</sup> “Era (...) a cargo delas que ficava o asseio e a limpeza da casa, a preparação dos alimentos, o comando das escravas e dos índios domésticos, além de grande parte da indústria caseira. Afinal, toda a sua educação era voltada para o casamento, para as atividades que deveriam desempenhar enquanto mães e esposas” (ALGRANTI, Leila Mezan. *Famílias e vida doméstica*. In: SOUZA, Laura de Mello e (Org.). *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 120).

<sup>38</sup> CARDOSO, Simone Tassinari. *Op. cit.*, p. 64.

<sup>39</sup> Nesse modelo familiar, em que restava enfatizada a autoridade do marido, cabia a este cuidar dos negócios e da linhagem da família, cuidando sempre de aumentar a quantidade de pessoas sob sua influência, pois essa era a medida de sua projeção política, social e econômica na ordem paternalista. Tais relações funcionavam, portanto, como “organizações defensivas e centros de propulsão econômica”, possibilitando que certas famílias ao nível local afetassem e controlassem a Igreja, o Estado e as instituições econômicas (SAMARA, Eni de Mesquita. *A família brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 12.).

<sup>40</sup> A respeito dessa estrutura, leciona Eni de Mesquita SAMARA: “O núcleo central era composto pelo chefe da família, esposa e legítimos descendentes (filhos e netos por linha materna ou paterna). A estrutura da camada periférica era menos delineada, pois a absorção de membros subsidiários (parentes, filhos ilegítimos ou de criação, afilhados, amigos, serviçais, agregados e escravos) é que tornava esse modelo complexo, já que uma mesma unidade domiciliar agrupava componentes de várias origens. Incorporando ainda as fileiras da família patriarcal ou extensa e sob sua influência, por razões econômicas, políticas ou laços de compadrio, estavam os vizinhos (pequenos sitiantes, lavradores e roceiros) e os trabalhadores livres e migrantes” (*op. cit.*, p. 13).

<sup>41</sup> Explica Ronaldo VAINFAS: “A idéia da casa-grande como espaço inclusivo, núcleo de numerosa família de parentes, agregados e escravos, exemplo de um ‘privatismo’ patriarcal que a tudo senhoreava, confundindo-se com o público, tudo isso tem sido fartamente discutido, com boas provas, desde os anos 1970” (*Moralidades brasileiras: deleites sexuais e linguagem erótica na sociedade escravista*. In: SOUZA, Laura de Mello e (Org.). *História...*, p. 222-223).

Ocorre que novas técnicas da demografia histórica revelaram que as uniões consensuais formavam a prática da maioria da população, ou seja, eram freqüentes os adultérios e concubinatos, bem como o grande número de filhos ilegítimos.<sup>42 43</sup> Indica-se, também, a predominância de estruturas familiares mais simplificadas e compostas por um número menor de membros.<sup>44</sup>

Assim sendo, o modelo patriarcal de família, esteve, na verdade, circunscrito ao círculo das famílias rurais abastadas, não valendo como exemplo para toda a sociedade brasileira. O que a realidade revela, então, é existência, no Brasil colônia, de uma multiplicidade de formas de organizações familiares, com especificidades em função da época histórica em que se inseriam, das características regionais, do tipo de colonização e da estratificação social dos indivíduos que as compunham.

### 1.2.2 O Código Civil de 1916

O Código Civil Republicano de 1916<sup>45</sup> encontra suas bases no *Code* francês de 1804, não fugindo, dessa maneira, do que foi a regra para o processo de codificação iniciado no século XIX, que, sob a influência dos ideais do individualismo liberal, elegeu a propriedade como pressuposto fundamental do direito privado, inclusive do direito de família.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> ALGRANTI, Leila Mezan. *Op. cit.* p. 135-136.

<sup>43</sup> Entretanto, adverte Leila ALGRANTI que “essa ‘não-família’, que conforme tais estudos teria predominado na nossa sociedade, não excluiu, por outro lado, a família propriamente dita, aquela composta pelos membros da elite, de acordo com os códigos e interesses da classe social a que pertenciam. Muitas vezes (...) ela se formou paralelamente à família legítima” (*op. cit.*, p.136).

<sup>44</sup> SAMARA, Eni de Mesquita. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>45</sup> Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

<sup>46</sup> A esse respeito, explana Sílvia VENOSA que: “naquela época, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da Antigüidade. A mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal. (...) Os filhos submetiam-se à autoridade paterna, como futuros continuadores da família, em uma situação muito próxima da família romana” (*op. cit.* p. 28).

Elegendo a família matrimonializada, patrimonializada, hierárquica, patriarcal e transpessoal como padrão, o Código Civil, baseado no princípio da completude,<sup>47</sup> excluiu do mundo jurídico fatos que se impunham na realidade social, como o concubinato, por exemplo.

No âmbito do Direito de Família, portanto, o Código Civil do início do século passado deixou à margem da lei a família não calcada em justas núpcias e “simplesmente ignorou direitos dos filhos que proviessem de relações não matrimoniais, fechando os olhos para uma situação social que sempre existiu”.<sup>48</sup> O sistema codificado, portanto, elegeu o matrimônio como único meio de se constituir a *família legítima*, a única merecedora de tutela jurídica.<sup>49</sup>

Com base nessa idéia de legitimidade da família, estabeleceu o Código uma distinção entre os filhos de acordo com a natureza da relação entre os pais.<sup>50</sup> Assim, poderia a prole ser legítima ou ilegítima. Os filhos legítimos eram aqueles concebidos na constância do casamento (artigo 337),<sup>51</sup> enquanto os ilegítimos “procediam de união sexual a que o direito não prestava o seu reconhecimento”.<sup>52</sup>

---

<sup>47</sup> De acordo com esse pensamento, seria a codificação um sistema auto-suficiente e fechado, capaz de prever a totalidade das possíveis condutas no meio social. Assim sendo, tudo aquilo que não se encaixasse no modelo eleito pelo Código seria relegado a uma situação de marginalidade. Isso se deu para garantir às classes abastadas a segurança de que necessitavam, de modo a legitimar a manutenção de seus privilégios, uma vez que se evitava a tutela de qualquer conduta que não lhes fosse interessante.

<sup>48</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.* p. 266.

<sup>49</sup> Código Civil de 1916, artigo 229: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (arts. 352 a 354). A respeito, assevera Simone Tassinari CARDOSO: “À época, tanto o Código Francês, quanto o Código Civil Brasileiro de 1916 elegeram como a regra específica para a situação objetiva da constituição da família uma única possibilidade: o casamento. Neste sentido, somente seria considerada família aquela entidade que se encaixasse perfeitamente na forma preestabelecida pelo sistema jurídico, através de suas normas. A família legalmente reconhecida seria séria, única e exclusivamente, aquela constituída mediante o matrimônio” (*op. cit.*, p. 38).

<sup>50</sup> Esclarece Heloisa Helena BARBOSA: “As relações sem casamento eram moral, social e civilmente reprovadas, atingindo diretamente os filhos que eram classificados e conseqüentemente discriminados em função da situação jurídica dos pais” (O direito de família brasileiro no final do século XX. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 90).

<sup>51</sup> Eram considerados legítimos, inclusive, os filhos oriundos de casamento anulável ou havidos em casamento putativo.

<sup>52</sup> DELINSKI, Julie Cristine, *A questão da filiação sócio-afetiva: a nova concepção de família e o estabelecimento da paternidade com fundamento na “posse de estado de filho”*. 1995. 167 f.

Além disso, os filhos ilegítimos poderiam ser naturais ou espúrios. Os naturais eram aqueles cujos pais não estavam ligados por laços matrimoniais ao tempo da concepção, porém não eram impedidos de casarem-se.<sup>53</sup> Já os espúrios subdividiam-se em adulterinos e incestuosos. Os incestuosos eram filhos de pessoas não casadas entre si à época da concepção e que não poderiam se casar por haver entre elas impedimento por vínculo de parentesco (artigo 183, incisos I a V). Os adulterinos, por sua vez, também provinham de pais não ligados pelo matrimônio, mas estes não poderiam se casar pelo fato de um ou ambos se acharem casados com outrem.<sup>54</sup>

Prezando pela paz familiar, então, o Código, no artigo 358, proibia o reconhecimento dos filhos ilegítimos incestuosos e adulterinos, como leciona Rosana FACHIN: “em nome da unidade formal, o Código Civil não permitia o reconhecimento do filho havido fora do casamento, impondo o sacrifício deste em prol da sociedade conjugal e de sua representação social e econômica. A paz do casamento deveria ser preservada”.<sup>55</sup>

Por meio da proteção à legitimidade, o sistema codificado, na verdade, conferia amparo privilegiado da instituição familiar, de modo a colocar os interesses da instituição acima das vontades das pessoas que a compunham, particularmente os filhos. Dessa maneira, contemplava o Código de 1916 uma idéia transpessoal da família.

---

Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1995. p. 5.

<sup>53</sup> Os filhos naturais poderiam ser legitimados com o casamento posterior de seus progenitores (artigo 353).

<sup>54</sup> Estes, ainda, poderiam ser adulterinos *a matre*, quando a mãe era casada com terceiro; *a patre*, quando o pai possuía vínculo matrimonial com outrem; ou *a matre* e *a patre* cumulativamente, quando ambos os pais eram casados com terceiro que não a mãe ou o pai dos filhos.

<sup>55</sup> FACHIN, Rosana. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 81-82. A respeito, também a importante lição de Gustavo TEPEDINO: “A hostilidade do legislador pré-constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, inda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes – particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge varão – justificava-se em benefício da paz doméstica” (A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*, p. 49.).

Na família codificada, ainda, a mulher tornava-se, com o casamento, relativamente capaz, passando a ser assistida pelo marido nos atos da vida civil.<sup>56 57</sup> A respeito, Rosana FACHIN assevera que: “o Código Civil de 1916 reconheceu e legitimou a supremacia masculina, limitando o acesso feminino ao emprego e à propriedade. As mulheres casadas ainda eram, legalmente, incapacitadas, e apenas na ausência do marido poderiam assumir a liderança da família”.<sup>58</sup>

Dessa maneira, mesmo sem ter consagrado expressamente um poder marital, o Código “entregou ao cônjuge varão a chefia monocrática da sociedade conjugal”,<sup>59</sup> que assumia a direção e a administração do casal.<sup>60</sup>

Esse modelo patriarcal, hierarquizado, matrimonializado e transpessoal foi, portanto, o sistema familiar consagrado no Código Civil de 1916, que, como veremos a seguir, foi sofrendo diversas modificações até o advento de um novo paradigma com a Constituição Federal de 1988.<sup>61</sup>

---

<sup>56</sup> Código Civil de 1916, artigo 6º: “São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: (...)

II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.”

<sup>57</sup> Não era possível à mulher, sem a autorização do marido, praticar atos que o cônjuge varão não poderia sem o consentimento da mulher (artigo 235); alienar e constituir direitos reais sobre imóveis de seu domínio particular ou alienar seus direitos reais sobre imóveis alheios (porém, nesses casos, o marido também não poderia praticar tais atos sem a outorga uxoriana); aceitar ou repudiar herança ou legado; aceitar tutela, curatela ou qualquer outro *munus* público; litigar em juízo cível ou comercial, com exceção de alguns casos expressos; exercer profissão; aceitar mandato; e contrair obrigações que pudessem provocar a alheação de bens do casal (artigo 242).

<sup>58</sup> FACHIN, Rosana. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>59</sup> LIRA, Ricardo Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). *Op. cit.*, p. 29.

<sup>60</sup> Cabia-lhe a representação legal da família; a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, de acordo com o acordo antenupcial ou o regime matrimonial adotado; o direito de fixar e mudar o domicílio da família; o direito de autorizar a mulher ao exercício de uma profissão e sua residência fora do domicílio conjugal; prover à manutenção da família, ressalvada a contribuição da mulher em proporção aos rendimentos de seus bens, prevista no artigo 277; além de “reger a pessoa e bens dos filhos menores, na medida em que detinha, com exclusividade, o pátrio-poder” (BARBOSA, Heloisa Helena. *O direito de família...*, p. 88-89).

<sup>61</sup> “A ruptura do modelo codificado privatista foi apenas muito lentamente assumindo novos contornos mediante a edição de diversas leis extravagantes de modo a adequar o Direito à evolução social até chegar à Constituição” (FACHIN, Rosana. *Op. cit.*, p. 55).

### 1.2.3 A Transição

Como acima foi referido, o Código Civil de 1916 procurava prever todas as condutas possíveis de realização no meio social, entretanto, tal pretensão mostrou-se irreal, pois, como leciona Simone CARDOSO: “há um grande equívoco na lógica do sistema jurídico fechado: a existência de lacunas e de desenvolvimento social”.<sup>62</sup> Assim sendo, continua a autora:

Desde a elaboração o Código Civil de 1916 foi incapaz de abranger entre as paredes herméticas de sua completude as inúmeras demandas da realidade social. Por este motivo, a fim de atender a demanda que se impunha, foram editadas inúmeras leis esparsas e especiais que trataram de regulamentar matérias até então excluídas do universo jurídico, com a finalidade de adequar os pilares do Direito Civil tradicional às novas exigências da sociedade.<sup>63</sup>

Ocorreu, então, o que se convencionou chamar de *publicização* do Direito Civil, com o Estado sendo chamado a atuar no âmbito da autonomia privada, principalmente para garantir a tutela jurídica dos mais fracos.<sup>64</sup>

Nesse contexto, o legislador brasileiro, impulsionado pelas manifestações populares ocorridas a partir da década de 30, que em muito questionavam a ordem política vigente, editou inúmeras leis esparsas que, paulatinamente, foram superando barreiras de forma a modificar o Direito de Família, principalmente pela atribuição de direitos aos filhos ilegítimos e pela diminuição da discriminação relativa ao cônjuge mulher.

Dessa maneira, é importante que sejam abordadas, nesse trabalho, algumas das principais legislações esparsas que envolvem o Direito de Família brasileiro, editadas após 1916.

Assim sendo, começaremos com o Decreto-lei 4.737/42, que possibilitou o reconhecimento de filho havido fora do casamento após a ocorrência de desquite.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> CARDOSO, Simone Tassinari. *Op. cit.*, p. 41.

<sup>63</sup> *Idem*, p. 78.

<sup>64</sup> *Idem*, p. 71.

<sup>65</sup> Decreto-lei 4.737/42, artigo 1º: “O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido, ou demandar que se declare sua filiação”.

Lembremos, pois, que, na redação original do Código de 1916, tal reconhecimento não era possível.

Logo após, em 1949, adveio a Lei nº. 883, que também permitia o reconhecimento do filho extramatrimonial após a dissolução da sociedade conjugal.<sup>66</sup> Dava a esse filho, também, direito à metade da herança a que tinha direito o filho legítimo ou legitimado.<sup>67</sup>

Em 1962, sobreveio a Lei 4.121, o Estatuto da Mulher Casada, que deu início a uma democratização nas relações conjugais, diminuindo a diferença existente entre os direitos e deveres relativos a cada um dos cônjuges. Este diploma legal emancipou a mulher casada e a colocou como colaboradora do marido, que ainda detinha a chefia da sociedade conjugal. Alterando diversos dispositivos do Código Civil, o Estatuto conferiu:<sup>68</sup> “novo *status* à mulher casada que deixava de ser relativamente incapaz, dispensando a assistência do marido, e passando a ter tratamento igualitário para a prática dos atos da vida civil, fazendo nascer a isonomia entre marido e mulher que viria a se consolidar plenamente em 1988”.<sup>69</sup>

Já em 1977, com a Emenda Constitucional nº 9, foi possível a edição da Lei 6.515/77, conhecida como Lei do Divórcio, que possibilitou a dissolução do vínculo matrimonial,<sup>70</sup> exprimindo a noção de que “a um direito fundamental de se casar

---

<sup>66</sup> Lei 883/49, artigo 1º: “Dissolvida a sociedade conjugal será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, ação para que se lhe declare filiação”.

<sup>67</sup> Lei 883/49, artigo 2º: “O filho reconhecido nos termos desta Lei, para efeitos econômicos, terá o direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado”. Lei posterior modificou a redação desse artigo, dispondo que o filho reconhecido recebia o acervo como herança, não como amparo social.

<sup>68</sup> BARBOSA, Heloisa Helena. *O direito de família*...., p. 97.

<sup>69</sup> Idem, p. 97-98.

<sup>70</sup> É de se ressaltar que, para que se tornasse possível a aprovação da lei que regulamentou o divórcio, foram feitas algumas concessões e restrições acabaram sendo impostas, de modo que os antídorcionistas não saíssem completamente “derrotados”. Assim, na primeira versão da Lei, o artigo 38 só autorizava o pedido de divórcio uma única vez (“*O pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez*”). Tal artigo, no entanto, foi revogado pela Lei 7.841/89.

(conforme a Declaração universal dos Direitos Humanos, artigo XVI) corresponde outro não menos relevante de não se manter casado contra a própria vontade”.<sup>71</sup>

Essa lei também adicionou um parágrafo único ao artigo 1º da Lei 883/49, fazendo com que fosse possível o reconhecimento de filho havido fora do matrimônio ainda na vigência do casamento, desde que em testamento cerrado.<sup>72</sup> Ainda, dando nova redação ao artigo 2º da Lei 883/49, tornou igualitário o direito de herança dos filhos, independentemente da natureza da filiação.<sup>73 74</sup>

Posteriormente, em 1984, a Lei 7.250 acrescentou um § 2º ao artigo 1º da Lei 883/49, possibilitando o reconhecimento de filho ilegítimo após cinco anos consecutivos de separação de fato.<sup>75</sup>

#### 1.2.4 A Constituição Federal de 1988

Com todas essas transformações, provocadas pela proliferação de leis especiais, o Código Civil de 1916 perde sua centralidade até que, em 1988, deixa de exercer, finalmente, seu papel de lei fundamental do Direito de Família.

Ocorre, então, nesse momento, a chamada *constitucionalização* do Direito de Família, com a inclusão, na Constituição Federal, de um capítulo dedicado à família,<sup>76</sup> passando a Carta Maior a ocupar o “lugar classicamente deferido ao

---

<sup>71</sup> VILELLA, João Baptista. *Liberdade e Família*, p. 19. *Apud* CARDOSO, Simone Tassinari. *Op. cit.*, p. 84-85.

<sup>72</sup> Lei 883/49, artigo 1º, parágrafo único, com redação dada pela Lei 6.515/77: “Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável”.

<sup>73</sup> Lei 883/49, artigo 2º, com redação dada pela Lei 6.515/77: “Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito á herança será reconhecido em igualdade de condições”.

<sup>74</sup> Alerta Heloisa Helena BARBOSA que, apesar disso “os filhos incestuosos continuavam marginalizados, uma vez que, vedado seu reconhecimento, inacessível se tornava todo e qualquer direito oriundo do parentesco” (*O direito de família...*, p. 101).

<sup>75</sup> Lei 883/49, artigo 1º, § 2º, acrescentado pela Lei 7.250/84: “Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos”.

<sup>76</sup> Capítulo VII (Da Família, Da Criança, Do Adolescente e Do Idoso) do Título VIII (Da Ordem Social).



Código Civil”,<sup>77</sup> de modo a chamar para si a tarefa de instituir as regras e princípios atinentes à família, ao casamento e à filiação. Tornou-se, portanto, a Carta Constitucional de 1988, “o estatuto jurídico da família contemporânea”.<sup>78</sup>

Dessa maneira, promoveu-se a migração de um modelo calcado em valores burgueses, patrimoniais, para um sistema mais democrático, centrado em princípios como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a liberdade e a igualdade.

Essa nova tábua de valores reconhece, então, a importância do mundo fático, fazendo despontar a noção de uma família *eudemonista*, ou seja, de uma família que, embora permaneça como base da sociedade civil (e por isso mereça especial proteção do Estado), expressa seu valor na medida em que proporciona o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal de cada um de seus membros, como leciona Gustavo TEPEDINO:

Assim sendo, a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que – e somente na exata medida em que – se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes.<sup>79</sup>

A Carta Magna de 1988, então, dissociou a legitimidade do casamento, proclamando o estatuto unitário da filiação, reconheceu a pluralidade familiar e estabeleceu a direção diárquica da sociedade conjugal.

Assim, cai por terra o tratamento discricionário entre os filhos, que passam a ser em tudo igualizados, independentemente da situação jurídica de seus pais, como assegura o artigo 227, § 6º, da Constituição Federal: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 56-57.

<sup>78</sup> FACHIN, Rosana. *Op. cit.*, p. 71.

<sup>79</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 50.

<sup>80</sup> Entretanto, alerta Luiz Edson FACHIN para o fato de que, na verdade, continua existindo uma distinção entre os filhos, decorrente do fato de serem eles havidos ou não na constância do casamento: “Para que todos os filhos tivessem realmente igual qualificação, seria necessário abolir

Também, desponta uma variedade de formas de constituição da família, não sendo mais o casamento a única forma de instituí-la, uma vez que a Constituição reconhece, expressamente, a união estável e as famílias monoparentais (artigo 226, §§ 3º e 4º).<sup>81</sup>

Todavia, é de se ressaltar que esse reconhecimento não se faz em *numerus clausus*, uma vez que já se encontra estabelecida a consciência de que “a vida em família não se resume ao formalismo: explica-se e encontra sua razão de ser na ausência de modelos prévios e fechados”.<sup>82</sup> Assim sendo, a especial proteção do Estado, estabelecida no *caput* do artigo 226, alcança não somente as entidades familiares previstas de modo expreso na Constituição, mas toda e qualquer forma de organização familiar.<sup>83</sup>

Ainda, estabeleceu o Diploma Maior a igualdade de poderes e deveres entre os cônjuges. Desse modo, a mulher, livre da posição de inferioridade que outrora lhe era imposta, ocupa, ao lado do marido, a posição de direção da sociedade conjugal, de modo a ambos contribuírem para sua organização e manutenção.

Além disso, também cabe a ambos a educação e o sustento dos filhos, porém não mais sob o encarte de um poder parental. O que se encontra, então, é um

---

qualquer distinção entre casamento e não-casamento, o que a Constituição não fez. O legislador constitucional, sob o eixo do casamento, distinguiu ele próprio os filhos entre os havidos dentro e fora do casamento, qualificando-os dessa forma” (*Estabelecimento...*, p. 64). Conclui o autor, posteriormente, no sentido de que “no Brasil, defende-se a idéia que quis, naturalmente, a norma constitucional se referir tão somente à publicidade das qualificações ou designações que, contudo, continuam evidentemente a existir. Assim sendo, parece claro que subsistem as designações clássicas que a lei civil fez dos filhos como legítimos, legitimados, naturais, adulterinos, incestuosos e adotivos. Só que tais designações não podem mais ser agora publicamente nomeadas, para resguardar os filhos de tratamento preconceituoso ou discriminatório” (*Estabelecimento...*, p. 66).

<sup>81</sup> Constituição Federal, artigo 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Constituição Federal, artigo 226, § 4º: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

<sup>82</sup> FACHIN, Rosana. *Op. cit.*, p. 126.

<sup>83</sup> Leciona Eduardo de Oliveira LEITE que “o Constituinte, embora tenha modificado o dogma da legitimidade da família constituída pelo casamento, não colocou (nem poderia tê-lo feito) as outras entidades familiares no mesmo pé de igualdade do casamento civil, mas, de forma lapidar e amplíssima, dispôs que a família (todas as famílias, certamente) tem especial proteção do Estado” (*Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 18).

poder-dever, ou seja, deveres e faculdades, como o *ius corrigendi*, por exemplo, que possibilitam a formação dos filhos de forma integral.<sup>84</sup>

Pelo exposto, percebe-se que, na verdade, a Constituição de 1988 estabeleceu um novo paradigma em matéria de Direito de Família, erigido sobre valores fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, por exemplo, de modo a preconizar, em absoluto, a realização do indivíduo por intermédio da família.

O núcleo familiar passa a representar, dessa maneira, mais o *ninho* que o *nó* (nas expressões de Michelle PERROT),<sup>85</sup> conservando, em si, relações igualitárias baseadas na assistência e no respeito mútuos, na solidariedade, na fraternidade e, principalmente, na afetividade e no amor, servindo de instrumento para a busca da real felicidade.

#### 1.2.5 O Código Civil de 2002

Proveniente de Projeto datado de 1975,<sup>86</sup> elaborado por Comissão presidida por Miguel Reale, o Novo Código Civil<sup>87</sup> tramitou durante décadas nas Casas Legislativas deste País, entrando em vigor, “velho e remendado”,<sup>88</sup> apenas no ano de 2003.

Apesar de denominado “novo” Código Civil, na realidade a codificação, pelo menos em matéria de Direito de Família, nada ou pouco traz de novidade. As inovações estabelecidas em relação ao Código Civil de 1916 já haviam sido

---

<sup>84</sup> Entendemos que a formação integral dos filhos perpassa, necessariamente, pelo que dispõe o *caput* do artigo 227 da Constituição Federal, ou seja, devem lhes restar assegurados “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, lhes resguardando, afinal, de “toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. É de se ressaltar, porém, que o próprio texto da Constituição prevê que tais deveres não cabem somente à família, mas constituem obrigação também da sociedade e do Estado.

<sup>85</sup> PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*, p. 75-81.

<sup>86</sup> Projeto de Lei Original nº 634/75.

<sup>87</sup> Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

<sup>88</sup> LINS E SILVA, Paulo. *O Anteprojeto do novo Código Civil: um retrocesso para a família brasileira*. Disponível em <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=21>>. Acesso em 03 set. 2006.

abordadas, há muito, pela doutrina, pela jurisprudência e pela própria Constituição de 1988.

Ademais, critica-se o conteúdo do novel diploma por andar na contramão da Constituição, regredindo em muitos aspectos quando comparado com as evoluções perpetradas pela Carta Maior, como leciona Simone Tassinari CARDOSO: “em vez da busca pela repersonalização do Direito, a nova codificação repete o perfil patrimonialista, restando ao operador do Direito o dever de ler o Novo Código Civil à luz da Constituição Federal, abandonada a idéia oitocentista de que o Código é a constituição do Direito Privado”.<sup>89</sup>

Essa regressão teria se dado porque, apesar da nova ordem constitucional posta erigir o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, de modo a irradiar para todo o sistema jurídico uma especial atenção para com o desenvolvimento do indivíduo concretamente considerado, o Código Civil de 2002 não se livrou da postura patrimonial herdada do século XIX.

Assim, logo em sua estrutura já se percebe a preocupação primordial com o patrimônio, afinal, dedica o Livro primeiro às obrigações (à circulação de bens, portanto), o Livro segundo ao direito da empresa e o Livro terceiro aos direitos reais, reservando apenas o Livro quarto ao Direito de Família, e, mesmo assim, muitos dos artigos desse Livro tratam de relações fundamentalmente patrimoniais.

Avulta, portanto, a inquietação de grande parte da doutrina, que, com razão, critica a direção tomada pela nova codificação. Assim o fazem Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo RUZYK, em parecer no qual defendem, inclusive, a inconstitucionalidade do Projeto que deu origem ao novo Código:

Se a preocupação primordialmente patrimonialista do Projeto do Código Civil, à época de sua elaboração – em um período no qual a democracia e a dignidade humana não eram sequer metas do regime ditatorial vigente, e em que o 'milagre econômico', alavancado em uma perspectiva desenvolvimentista, privilegiava especialmente a concentração de renda – estava de acordo com o ordenamento jurídico vigente, após 1988, com a imposição constitucional da concretização da dignidade do ser humano, a adequação ao novo sistema deixou de existir.<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> CARDOSO, Simone Tassinari. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>90</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, a. 1, v. 4, out./dez. 2000, p. 248.

No entanto, com esse alerta para a leitura constitucional do texto codificado, permitimo-nos não adentrar mais profundamente no tema relativo às críticas direcionadas ao Novo Código Civil para abordarmos aquilo que de positivo se encontra disposto nesse diploma legal.

Destarte, a nova codificação trata do Direito de Família no Livro IV da Parte Especial, dedicando ao tema 273 artigos (artigos 1.511 a 1.783), dos quais comentaremos apenas alguns, por ora.

Iniciaremos, assim, com o artigo 1.511, que estabelece, expressamente, a igualdade entre os cônjuges, indo ao encontro da direção diárquica da família, já estabelecida na Constituição Federal de 1988.<sup>91</sup> Percebe-se, também, na redação deste e de outros dispositivos, que permanece a preferência do legislador pelo casamento como meio de instituição da família.

Já no artigo 1.596, é prevista a igualdade entre os filhos, não sendo repetida a antiga fórmula do Código Civil de 1916, que os classificava em legítimos, legitimados, naturais, adulterinos e incestuosos. Prevê, então, o referido artigo, também na direção indicada pela Constituição, que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Nessa esteira, também é prevista a possibilidade do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, no artigo 1.607.<sup>92</sup>

Por sua vez, o artigo 1.723 reconhece como entidade familiar a união estável, nos seguintes termos: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Por fim, o artigo 1.593 estabelece que o parentesco pode ser natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou “outra origem”, expressão que abre portas para o efetivo reconhecimento da paternidade sócio-afetiva - uma das três “dimensões” da paternidade, ao lado da jurídica e da biológica - tida como aquela que melhor expressa a realidade do vínculo paterno-filial.

---

<sup>91</sup> Código Civil de 2002, artigo 1.511: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

<sup>92</sup> Código Civil de 2002, artigo 1.607: “O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente”.

## 2 A FILIAÇÃO

Filiação, em termos bastante genéricos, pode ser entendida como a relação de parentesco estabelecida entre pais e filhos, considerada em relação a estes últimos. Já em relação aos pais, a essa mesma relação se dá o nome de paternidade (quanto ao pai) ou maternidade (quanto à pessoa da mãe).

Por muito tempo, essa questão da parentalidade, tendo em vista o sistema adotado pelas codificações, que se baseava no princípio da completude e buscava zelar pela família dita *legítima*, foi tratada primordialmente em seu aspecto jurídico. Pai era aquele que o Direito ditava como tal, muitas vezes pouco importando se a realidade jurídica expressava também a verdade fática.

Com o passar do tempo, entretanto, essa visão foi cedendo espaço à idéia de vinculação genética, o que ocorreu, principalmente, por conta dos avanços científicos, que propiciaram a prova da paternidade em um patamar nunca dantes imaginado, atingindo praticamente a certeza.

Por outro lado, apesar de tais novidades terem causado alvoroço por algum tempo, o que se tem estabelecido, hodiernamente, é que a paternidade e, por consequência, a filiação, não pode se resumir nem mesmo aos laços de sangue, pois possui uma significação ainda maior, vinculada à dimensão afetiva da vivência humana. Pai, nessa perspectiva, seria aquele que verdadeiramente cria o filho, que lhe dá amor, carinho, que lhe educa e lhe protege.

Dessa maneira, percebe-se que existem, em realidade, três dimensões da parentalidade: a jurídica, estabelecida pelo Direito; a biológica, que se traduz nos vínculos genéticos entre pais e filhos; e a sócio-afetiva, envolta em aspectos de convivência social e afetividade.

Iremos, portanto, abranger esses três diferentes enfoques, apontando as particularidades de cada um, trazendo, ao final, a problemática do conflito que pode existir entre eles e os possíveis modos de solucioná-lo.

## 2.1 A DIMENSÃO JURÍDICA

O critério jurídico de determinação da filiação, primeiramente, parte de uma constatação, qual seja, a de se os pais são ou não casados entre si. Assim, para filhos de pais unidos em matrimônio, opera a presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*, enquanto que para filhos extramatrimoniais a filiação é estabelecida através do reconhecimento voluntário ou judicial.<sup>1</sup>

### 2.1.1 A Presunção *Pater Is Est*

Quanto à presunção *pater is est*, foi ela instituída, por influência do direito francês, na maioria das codificações ocidentais, tendo sido mencionada pela primeira vez na Lei das XII Tábuas de modo a atribuir legitimidade ao filho póstumo que viesse a nascer no décimo mês após a dissolução do matrimônio.<sup>2</sup>

Partindo-se da idéia de que a maternidade é sempre certa (*mater semper certa est*), nessa modalidade de estabelecimento da paternidade presume-se pai o marido da mãe, através de um raciocínio bem explanado por José Bernardo BOEIRA:

O legislador parte de um fato conhecido (nascimento de um filho de mãe casada), para determinação de um fato desconhecido (que é o pai), recorrendo para um juízo de normalidade (probabilidade) que lhe permite chegar, sem necessidade de averiguação

---

<sup>1</sup> Leciona José Bernardo Ramos BOEIRA que “o estabelecimento da filiação pode verificar-se de diversas maneiras: a) a presumida, em que a paternidade decorre da relação matrimonial e prova-se pela simples demonstração do estado de casado. Atua aqui a presunção de paternidade do marido : *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*; b) mediante reconhecimento voluntário, quando a filiação, fruto de relacionamentos extraconjugais, não se estabelece pela presunção própria da relação matrimonial, exigindo ato de declaração voluntário; c) mediante reconhecimento judicial, que se dá através das ações de estado, que são ações destinadas à verificação do estado de uma pessoa, especialmente, no caso da filiação onde o estado de filho necessita ser declarado” (*Investigação de paternidade*: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 124-125).

<sup>2</sup> Lei das XII Tábuas, Tábua Quarta, n. 4 (GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim. A presunção da paternidade no casamento e na união estável. In: PEREIRA, Rodrigues da Cunha (Coord.). *Família e cidadania*: o novo Código Civil brasileiro e a vacatio legis. Anais do III Congresso brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 365). A respeito, indica Luiz Edson FACHIN que “a regra romanista, passando pelo direito intermédio, chega à redação do 'Code Napoléon', recebendo a presunção de paternidade certo alargamento, ao serem reputados legítimos, além dos filhos concebidos e nascidos durante o casamento, também aqueles concebidos antes e nascidos após a celebração da união conjugal” (*Estabelecimento...*, p. 30).

casuística, a um resultado verdadeiro (conforme a realidade das coisas: pai é o marido da mãe).<sup>3</sup>

Dessa maneira, portanto, criou a lei uma presunção de acordo com aquilo que ordinariamente acontece, tendo como objetivos primordiais “a defesa da família calcada no casamento, a proteção da legitimidade do filho e a intenção de manter a autoridade do marido”.<sup>4</sup> Em favor de tais interesses, então, é que se deu especial relevo ao chamado *favor legitimitatis*, prestigiando-se o estado de filho legítimo, categoria de filiação tida como superior, possuidora de maiores direitos e benefícios morais e materiais.<sup>5</sup>

Captou essa orientação o Código Civil brasileiro de 1916, que, preocupando-se com a família e os filhos legítimos, deu primazia à verdade jurídica na presunção de paternidade, regulada nos artigos 337 e seguintes. Em tais dispositivos, o legislador imputou como legítimos os filhos concebidos na constância do casamento (artigo 337), sendo assim presumidos aqueles nascidos dentro de cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a sociedade conjugal e os havidos dentro dos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação (artigo 338).

---

<sup>3</sup> BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>4</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento...*, p. 34.

<sup>5</sup> Sobre a questão, ensina Luiz Edson FACHIN que “o princípio da superior defesa da instituição matrimonial, expressado pelo *favor legitimitatis*, inspirou as duas características marcantes dos sistemas latinos codificados a partir do século XIX: a legitimidade exclusiva do marido para contestar a paternidade do filho tido pela mulher com a qual contraiu núpcias e a enunciação taxativa de número limitado de motivos aptos a ensejar a contestação”. Afirma, ainda, que o *favor legitimitatis* “implica, em numerosos casos, um fechar de olhos à realidade. Essa idéia de proteção à família, presente no Código Civil francês e projetada para o sistema do Código Civil brasileiro, conduziu até mesmo a sustentar-se que a ‘mentira jurídica’ podia ser essencial à paz familiar” (*Estabelecimento...*, p. 32-33). Também, comenta sobre o tema Reinaldo Pereira e SILVA: “As razões do *favor legitimitatis* consistem na exigência de assegurar ao filho um status jurídico mais tutelado e no interesse à tutela da instituição matrimonial, salvaguardando a honra e a coesão da família legítima” (O exame de DNA e a sua influência na investigação de paternidade biológica. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 76).



Esse critério advém da observação antiqüíssima de que a gestação humana não pode chegar a termo antes dos cento e oitenta dias de concepção, nem se protrair para além do décimo mês.<sup>6</sup>

Assim, estabelecida a paternidade através da presunção, a verdade jurídica se estabelecia, todavia, como se trata de presunção *iuris tantum*, é admitida prova em contrário, invertendo-se o ônus da prova.<sup>7</sup> Portanto, poderia a paternidade ser contestada, mas apenas o marido possuía tal legitimidade (artigo 344), devendo a ação negatória ser intentada dentro de um prazo bastante exíguo – dois ou três meses do nascimento, a depender da presença ou conhecimento do cônjuge varão a respeito de tal fato (artigo 178, §§ 3º e 4º, I)<sup>8</sup> -, e condicionada aos fundamentos dos artigos 340,<sup>9</sup> 341<sup>10</sup> e 342,<sup>11</sup> estabelecidos em *números clausus* pelo Código.

Nesse contexto, previa o Código, ainda, que nem mesmo o adultério da mulher ou a confissão materna excluía a presunção legal de legitimidade da prole (artigos 343 e 346), como leciona Luiz Edson FACHIN:

---

<sup>6</sup> GUIMARÃES, Luis Paulo Contrim. *Op. cit.*, p. 366.

<sup>7</sup> Alguns autores, entretanto, entendem que a presunção *pater is est* é, na verdade, uma espécie intermediária de presunção, devido à enumeração taxativa dos motivos que ensejam seu afastamento: “essa enumeração conferia à presunção de paternidade a natureza de presunção intermédia, uma vez que sem excluir ou impedir prova em contrário, só a admitia em condições determinadas. É uma subespécie de presunção. É mais do que presunção relativa (*iuris tantum*), e menos do que presunção absoluta (*iuris et de iure*). Ou seja, é presunção que não admite toda e qualquer prova em contrário, mas somente aquelas especificamente indicadas no texto legal” (FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Averiguação e investigação de paternidade extramatrimonial: comentários à Lei nº 8.560/92*. Curitiba: Genesis, 1995. p. 32).

<sup>8</sup> Código Civil de 1916, artigo 178: “Prescreve: (...)”

§ 3º Em dois meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher (art. 338 e 344).

§ 4º Em três meses:

I. A mesma ação do parágrafo anterior, se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento; contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo. (...)”.

<sup>9</sup> Código Civil de 1916, artigo 340: “A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 338 e 339), só se pode contestar:

I. Provando-se que o marido se achava psicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho.

II. Que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados”.

<sup>10</sup> Código Civil de 1916, artigo 341: “Não valerá o motivo do artigo antecedente, n. II, se os cônjuges houverem convivido algum dia sob o teto conjugal”.

<sup>11</sup> Código Civil de 1916, artigo 342: “Só em sendo absoluta a impotência, vale a sua alegação contra a legitimidade do filho”.

A prova de adultério não afasta a presunção legal da paternidade, porque não obstante as relações criminosas da mulher com outra pessoa o filho bem pode ser do marido, e, na dúvida, prevalece a presunção em favor da legitimidade.

E, do mesmo modo, a confissão materna é inoperante para exclusão da paternidade, porque somente por impulso de ódio, que lhe tenha nublado a razão e obliterado o pudor, a mãe virá, de público, declarar que seu filho não é legítimo.

Na sistemática da lei, seria dar à mulher ação por sua natureza privativa do marido.<sup>12</sup>

Daí se conclui que uma forte carga axiológica impregnava o texto do Código Civil de 1916, de modo que, como ensina Maria Cláudia BRAUNER:

O modelo clássico de estabelecimento da filiação dificultava o acesso à criação do vínculo, pois restringia obstinadamente o direito de investigar a filiação, criava uma hierarquia entre os filhos, de cunho nitidamente discriminatório e, assim, mantinha a estrutura de proteção aos interesses patrimoniais dos 'pais' irresponsáveis que negligenciavam suas obrigações para com os filhos gerados de relações havidas fora do casamento.<sup>13</sup>

A partir da Constituição de 1988, como já referido, estabeleceu-se o estatuto unitário da filiação, igualizando-se todos os filhos em direitos e qualificações, independentemente da situação jurídica dos pais (artigo 227, §6º), entretanto, como também já tivemos a oportunidade de mencionar, a Carta Magna não excluiu do sistema jurídico pátrio a diferenciação entre casamento e não casamento, permanecendo, ainda, uma distinção entre os filhos matrimoniais e os não matrimoniais.

Nesse âmbito, a presunção *pater is est* constitui um resquício dessa diferença, tendo sido prevista, também, no Código Civil de 2002, nos artigos 1.597 e seguintes, já não mais com roupagem de presunção de *legitimidade*, mas com o rótulo, mais ameno e condizente com os princípios constitucionais, de *presunção legal da paternidade*.

O legislador prevê, em tal diploma, o período legal de concepção nos mesmos termos do Código de 1916. Assim, são presumidos como concebidos na constância do casamento “os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de

---

<sup>12</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento...*, p. 51.

<sup>13</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novos contornos do direito da filiação: a dimensão afetiva das relações parentais. Disponível em <[http://www.direitodafamilia.net/listaartigo\\_Detalhado.asp?idartigo=117](http://www.direitodafamilia.net/listaartigo_Detalhado.asp?idartigo=117)>. Acesso em 29 jun. 2006.

estabelecida a convivência conjugal” e aqueles “nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento”.

Entretanto, o novel Código regula, no mesmo artigo, situações novas, vez que também se presumem concebidos na constância do matrimônio os filhos oriundos de fecundação artificial homóloga, ainda que falecido o marido, os havidos, a qualquer tempo, em se tratando de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, e os provenientes de inseminação artificial heteróloga, com a condição de que haja prévia autorização do marido (artigo 1.597).

Também no artigo 1.598, o Código de 2002 trouxe solução para um problema anteriormente bastante discutido: a paternidade dos filhos de mulher viúva que contrai novas núpcias antes dos dez meses previstos no inciso II do artigo 1.523 (causas suspensivas do casamento). Aqui, o legislador optou por atribuir ao primeiro marido a paternidade se os filhos nascerem em até trezentos dias da data do falecimento, e ao segundo cônjuge se o nascimento ocorrer após esse período e já houver decorrido o prazo de cento e oitenta dias do estabelecimento da nova sociedade conjugal.

Por outro lado, o marido continua a ser o único legitimado para a contestação da paternidade, porém tal ação passou a ser, expressamente, imprescritível<sup>14</sup> (artigo 1.601, *caput*). Ainda, previu-se novamente que nem o adultério ou a confissão da mulher bastam para afastar a presunção de paternidade (artigos 1.600 e 1.602), a qual, por outro lado, pode ser ilidida pela prova da impotência *generandi* do marido, à época da concepção (artigo 1.599).

### 2.1.2 O Reconhecimento Voluntário e Forçado

Em relação aos filhos havidos fora do matrimônio, o ordenamento jurídico prevê que a perfilhação se dá através do reconhecimento, seja de forma voluntária ou através de procedimento judicial.

---

<sup>14</sup> Diz-se “expressamente” porque a jurisprudência vinha decidindo, há tempos, que, apesar de o Código Civil de 1916 prever prazo para a propositura da ação de contestação de paternidade, se tratava de ação de estado e, portanto, seria imprescritível.

Assim sendo, entende-se como reconhecimento voluntário “todos os meios que possibilitam aos genitores da criança criar o laço de filiação através de livre manifestação de cada um. O ato depende de uma simples declaração dos pais, desde que observados os requisitos previstos em lei”.<sup>15</sup>

Por outro lado, o reconhecimento compulsório compreenderia: “os mecanismos jurídicos previstos para estabelecer o vínculo de filiação de maneira forçada. Quando não houve da parte dos genitores a vontade livre de criar o laço de filiação, este pode vir a ser declarado no âmbito de um processo jurídico, por sentença de mérito”.<sup>16</sup>

Como já dito, o Código Civil de 1916, a princípio, não autorizava o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos (artigo 358), questão que foi abrandada pela legislação especial editada posteriormente, a qual, de maneira gradativa, foi admitindo tal ato, culminando com sua aceitação irrestrita, por conta do princípio da igualdade entre os filhos, previsto na Constituição de 1988. Tal princípio, muito mais que apenas tornar o reconhecimento um ato aceitável, alçou a filiação a um verdadeiro direito fundamental dos filhos não matrimoniais.<sup>17</sup>

Reiterando essa direção tomada pelo Diploma Maior, a Lei 7.841, de 17 de outubro de 1989, revogou expressamente o artigo 358 do Código Civil, que já se encontrava tacitamente revogado pelo texto constitucional.

Nessa esteira, o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – retomou, em seu artigo 20, o estatuto unitário da filiação, previsto no artigo 227, § 6º da Constituição Federal. Também, tornou mais fácil o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, permitindo que seja feito “no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação”.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Averiguação...*, p. 15-16.

<sup>16</sup> Idem, p. 16.

<sup>17</sup> “A paternidade passa a ser, na perspectiva da filiação (havida dentro ou fora do casamento), um direito” (FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento...*, p. 23).

<sup>18</sup> Lei 8.069/90, artigo 26. Anteriormente, o Código Civil de 1916 previa, em seu artigo 357 que o reconhecimento dos filhos ilegítimos (exceto os adulterinos e os incestuosos, por previsão do artigo 358) poderia se dar no termo de nascimento, em testamento ou por escritura pública. Inovou, então, a legislação de 1990 ao incluir a possibilidade de reconhecimento mediante “*outro documento público*”.

Ainda, esse diploma legal previu, em seu artigo 27 que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Cabe dizer, também, que o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, caso deixe descendentes, como dispõe o parágrafo único do artigo 26 da Lei 8.069/90, o Código Civil de 1916, no parágrafo único do artigo 357 e o próprio Código Civil de 2002, no artigo 1.609, parágrafo único.

Acompanhando a evolução legislativa, enfim chegamos à Lei 8.560 de 29 de dezembro de 1992, que modificou a matéria de reconhecimento prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, inovando ao introduzir no ordenamento jurídico brasileiro a averiguação oficiosa de paternidade.

Também, esta Lei tornou o Ministério Público legitimado ativo para a propositura da ação de investigação de paternidade<sup>19</sup> e ampliou as maneiras de se realizar o reconhecimento de paternidade, vez que autorizou o reconhecimento dos filhos, para além dos modos consagrados no direito anterior (registro de nascimento, escritura pública e testamento), também através de escrito particular ou por manifestação perante o juiz de forma expressa e direta.<sup>20</sup>

Percebe-se claramente, então, que, neste diploma legal, o legislador procurou “facilitar irrestritamente o estabelecimento dos laços de filiação, diminuindo as

---

<sup>19</sup> Prevê a Lei 8.560/92, no artigo 2º, § 4º: “Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade”. Essa legitimação, por outro lado, não retira a faculdade de outro interessado intentar a ação, como se depreende do § 5º da Lei: “A iniciativa conferida ao Ministério não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade”.

<sup>20</sup> Lei 8.560/92, art. 1º, retomado, na mesma redação, pelo artigo 1.609 do Código Civil de 2002: “O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

- I - no registro de nascimento;
- II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
- III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
- IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém”.

formalidades e contribuindo para responsabilizar aqueles que se submetem ao dever de reconhecer, proteger e sustentar os filhos por eles concebidos”.<sup>21</sup>

Assim sendo, pode o pai proceder ao reconhecimento do filho extramatrimonial de forma voluntária, através dos meios previstos no artigo 1º da Lei 8.560/92. O reconhecimento será irrevogável, pois, atendendo aos requisitos legais, consubstancia-se em ato jurídico perfeito, gerando plenos efeitos, não sendo possível ao reconhecente, portanto, revogá-lo.<sup>22</sup>

Entretanto, aponta a doutrina e a jurisprudência no sentido de que, mesmo previsto expressamente como irrevogável pela legislação, o reconhecimento é atacável em sua validade, o que pode ocorrer, por exemplo, quando da existência de erro essencial ou ignorância na manifestação da vontade.<sup>23</sup>

Resta dizer que, para o reconhecimento de filho maior é necessário seu consentimento, como dispõe o artigo 4º da Lei 8.560/92. Também o artigo 1.614 do novo Código Civil (e o artigo 362 do Código Civil de 1916) prevê a necessidade desse consentimento, estabelecendo, ainda, que o filho menor pode impugnar o reconhecimento nos quatro anos posteriores à maioridade ou à emancipação.

Ainda, é importante o artigo 1.613 do novo Código Civil, que retomou o disposto no artigo 361 do antigo Código, prevendo a ineficácia de condição ou termo apostos ao ato de reconhecimento do filho.

Já na hipótese contrária, de o pai não reconhecer o filho de forma voluntária, prevê a Lei 8.560/92 o procedimento judicial de averiguação oficiosa de paternidade.<sup>24</sup> Tal procedimento possui características de jurisdição voluntária,

---

<sup>21</sup> FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Averiguação...*, p. 20.

<sup>22</sup> Previu-se a irrevogabilidade do reconhecimento dos filhos extramatrimoniais no artigo 1º da Lei 8.560/92 e nos artigos 1.609 e 1.610 do Código Civil de 2002, este último com a seguinte redação: “O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento”.

<sup>23</sup> FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Averiguação...*, p. 17. Os mesmos autores indicam, ainda, que o reconhecimento não é inválido mesmo com a nulidade do testamento através do qual é realizado “a menos que venha a atingir a validade intrínseca da declaração de vontade, como no caso de demência do testador” (idem, p. 18).

<sup>24</sup> Lei 8.560/92, art. 2º, *caput*: “Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação”. Cabe dizer, entretanto, que no caso de filho com paternidade jurídica já estabelecida pela presunção *pater is est*, não seria possível aplicar o disposto nesse artigo, tendo em vista a sua própria redação (“em registro de nascimento de menor *apenas com a maternidade estabelecida*”) e o que dispõe o artigo 1.602 do Código Civil (“não basta a confissão materna para

podendo o juiz agir mesmo sem provocação. Além disso, caso improcedente, não obsta a propositura de ação de investigação de paternidade, uma vez demonstrado equívoco na decisão.

Assim, presente a mãe ao cartório de registros civis, pode ela indicar quem seja o genitor de seu filho.<sup>25</sup> O suposto pai, então, é notificado para que se manifeste acerca da paternidade que lhe é atribuída.<sup>26</sup> Este pode, a partir da notificação, confirmar a paternidade, negá-la ou sequer se pronunciar.

No primeiro caso, de confirmação expressa da paternidade, é lavrado termo de reconhecimento, que posteriormente é remetido ao oficial do registro, para que proceda à devida averbação.<sup>27</sup> O reconhecimento realizado nesses moldes é também tido como voluntário, porém voluntário *impróprio*, visto que se assemelha ao reconhecimento voluntário propriamente dito, porém, como não é exatamente uma manifestação puramente espontânea, observa-se, aqui, uma diferença conceitual entre essas modalidades.<sup>28</sup>

Já na hipótese de negação ou falta de resposta do pai no prazo de trinta dias, remetem-se os autos ao Ministério Público para que, havendo elementos suficientes,

---

excluir a paternidade”). Por outro lado, já vinha entendendo a jurisprudência, a partir do abrandamento do rigorismo do antigo Código Civil pela Lei 883/49, que era possível se provar judicialmente a extramatrimonialidade da filiação para efeito de reconhecimento de paternidade, independentemente da existência ou não de ação negatória por parte do marido da mãe, desde que se verificasse que os cônjuges já não mais viviam sob o mesmo teto (FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Averiguação...*, p. 33-34).

<sup>25</sup> A respeito, preleciona Adalgisa Wiedermann CHAVES que “em caso de não serem os genitores casados, o ordenamento pátrio exige a presença de ambos para que o assento possa ser lavrado. Comparecendo apenas a mulher, ela poderá declinar o nome do genitor, dando início ao procedimento administrativo de Investigação Oficiosa de Paternidade, no qual o suposto pai será chamado para informar se reconhece ou não a paternidade que lhe foi imputada” (A tripla parentalidade (biológica, registral e socioafetiva). *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano 7, n. 31, ago./set. 2005. p. 148).

<sup>26</sup> Lei 8.560/92, art. 2º, § 1º: “O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída”.

<sup>27</sup> Lei 8.560/92, art. 2º, § 3º: “No caso do suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação”.

<sup>28</sup> FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Averiguação...*, p. 49-50.

seja proposta ação de investigação de paternidade (artigo 2º, § 4º, da Lei 8.560/92).<sup>29</sup>

É também legitimado para intentar essa ação o próprio filho, passando aos herdeiros, caso morra menor ou incapaz, segundo o que dispõe o artigo 1.606 do Código Civil de 2002.<sup>30</sup> Além disso, qualquer pessoa que possua interesse justo é autorizada a contestar a investigação de paternidade (artigo 1.615, do novo Código Civil e artigo 365 do Código Civil de 1916).

Cabe dizer, ainda, que a sentença de procedência da ação de investigação produz os mesmos efeitos que o reconhecimento, “mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade” (artigo 1.616, do Código Civil de 2002 e artigo 366 do Código Civil de 1916).<sup>31</sup>

Resta mencionarmos que, no início, a sentença judicial nessa modalidade de ação fundava-se somente em provas indiciárias e na convicção do juiz, o que gerava muitas incertezas em relação à investigação de paternidade. Aliás, à época, diversos tabus de ordem moral e religiosa influíam nas decisões, muitas vezes propiciando a impunidade masculina, como ocorria quando se opunha a chamada *exceptio plurium concubentium*.

Essa exceção, freqüentemente intentada pelo suposto pai, o livrava da atribuição da paternidade pelo simples fato de a mãe ter tido relações com outros homens, o que acabava por tornar a ação um julgamento moral da mãe. Todavia, felizmente, com o avanço das técnicas utilizadas nas provas periciais (mais especificamente o DNA), essa linha de argumentação tornou-se inadequada.

Hodiernamente, entretanto, o quadro é outro, pois com a possibilidade de se estabelecer o liame entre pai e filho através do exame de DNA, a sentença “passou

---

<sup>29</sup> Segundo Adalgisa Wiedermann CHAVES, “uma ação de investigação de paternidade, bastante comum nas Varas de Família, nada mais é do que uma ação na qual aquele que não possui identificação de parentalidade registral busca a apuração daquele(s) com quem mantém liame biológico, para, então, sanar a omissão ou incompletude de sua identificação formalmente jurídica” (*op. cit.*, p. 149).

<sup>30</sup> A mesma previsão fazia o Código Civil de 1916, no artigo 350: “A ação de prova da filiação legítima compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor, ou incapaz”.

<sup>31</sup> No caso do reconhecimento, dispõe o artigo 1.612 do Código Civil de 2002 que “o filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor”.



a ser baseada em um dado concreto fornecido pela ciência e com baixíssima margem de incerteza”.<sup>32</sup> Destarte, inaugurou-se a era da primazia da verdade biológica da paternidade, a qual passamos a analisar a seguir.

## 2.2 A DIMENSÃO BIOLÓGICA

Do ponto de vista biológico, seria a filiação “o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum”,<sup>33</sup> unidas por laços de sangue, ou, em definição mais completa, “o vínculo que liga gerados e geradores, assentado no fato fisiológico da procriação engendrado pelo encontro vitorioso das células sexuais”.<sup>34</sup>

Essa dimensão da filiação (ou da paternidade, caso se analise do ponto de vista do genitor varão) foi, por muito tempo, subjugada a um segundo plano, pois o ordenamento jurídico fazia prevalecer, como forma de atender aos interesses da família matrimonializada, a verdade jurídica.

Entretanto, esse panorama foi alterado com a edição da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (em 1990), pois ambos, “ao conceder ao filho direito imprescritível de buscar a verdade quanto à sua filiação”,<sup>35</sup> alçaram “a verdade biológica da filiação como sendo a que deve ser buscada pela Justiça”.<sup>36</sup>

Assim, conta-nos Julie Cristine DELINSKI que “a verdade jurídica – que até então impunha a alguns uma paternidade fictícia e a outros impedia que se lhes declarasse a verdadeira paternidade – passa a ser contestada em favor da verdade biológica”.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> FURTADO, Alessandra Moraes Alves de Souza e. Paternidade biológica x paternidade declarada: quando a verdade vem à tona. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano 4, n. 13, abr./maio/jun. 2002. p. 15.

<sup>33</sup> BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>34</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 23.

<sup>35</sup> FURTADO, Alessandra Moraes Alves de Souza e. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>36</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>37</sup> DELINSKI, Julie Cristine. *Op. cit.*, p. 8.

Nesse contexto, contribuiu muito para a construção do império da verdade biológica o surgimento do exame de DNA,<sup>3839</sup> que, trazendo para o mundo jurídico um juízo de quase certeza acerca da existência do vínculo de paternidade, fez com que se valorizasse cada vez mais os laços de sangue.<sup>40</sup>

Isso se deu porque, anteriormente à implantação desse tipo de exame, as provas de que se dispunha nas ações de investigação de paternidade (testemunhais, documentais, indiciárias, circunstanciais), por sua natureza falíveis, traziam grandes dificuldades para a comprovação da filiação. Mesmo os exames periciais disponíveis<sup>41</sup> “possuíam margem de acerto que atingia, no máximo, o percentual de 95% de probabilidade”.<sup>42</sup>

Assim, fica fácil perceber o porquê de o exame de DNA ter sido recebido com tanto frenesi pelos juristas, uma vez que sua margem de segurança varia entre 99,99% e 99,9999%, a depender do tipo de material coletado e da técnica utilizada para sua realização.<sup>43</sup> Ao que tudo parecia, portanto, as incertezas e inseguranças que envolviam a determinação da paternidade tinham chegado a seu fim.

---

<sup>38</sup> Informa-nos Julie Cristine DELINSKI que “no Brasil, a utilização da engenharia genética como prova determinante da paternidade é recente: os testes de paternidade pelo exame direto do DNA passaram a ser realizados pelo Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais a partir de 1988” (*op. cit.*, p. 18).

<sup>39</sup> “O DNA é uma molécula presente no núcleo das células somáticas e cuja principal função de suas seqüências, chamadas genes, é a codificação da informação genética. Todo homem, ao ser concebido, recebe, para cada característica genética, duas informações. Uma que vem da mãe, através do óvulo, e outra proveniente do pai, através do espermatozóide, ambas células germinativas. Portanto, cada genitor colabora com 50% das informações genéticas do filho concebido, que se combinam uma a uma, como um zíper. O exame de DNA, nesse contexto, nada mais é do que a análise de algumas informações genéticas que o filho herdou da mãe e do suposto pai” (SILVA, Reinaldo Pereira e. *Op. cit.*, p. 78).

<sup>40</sup> Comenta Julie Cristine DELINSKI que “o progresso da ciência jurídica em matéria de prova está entrando na substituição da verdade ficta (decorrente de presunção legal) pela verdade real (decorrente de laços de sangue)” (*op. cit.*, p. 20).

<sup>41</sup> Informa Reinaldo Pereira e SILVA (*op. cit.*, p. 77-78) que tais exames eram hematológicos e envolviam: a) os glóbulos vermelhos (hemácias), ou antígenos eritrocitários (ABO, Rh, MN, Kell, Duffy, dentre outros sistemas existentes para classificação dos grupos sanguíneos); e b) os glóbulos brancos, ou antígenos leucocitários (HLA – *Human Leukocyte Antigen*).

<sup>42</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. Prova do DNA: uma evidência absoluta? *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano 1, n. 2, jul./ago./set. 1999, p. 143.

<sup>43</sup> Varia o percentual de probabilidade, portanto, caso a amostra coletada seja de material biológico de um pai vivo ou de genitor já falecido. Também essa porcentagem varia de acordo com o tipo de exame de DNA realizado: Sondas Multilocais (*Multi Locus Probe*), Impressões Digitais de DNA

Ocorre que, como toda prova pericial, o exame de DNA também está sujeito a variáveis negativas. Nesse sentido, cita Reinaldo Pereira e SILVA, por exemplo, a possibilidade de falhas técnicas na realização do exame, a sujeição a fraudes (como a troca do material de análise ou a leitura propositadamente errônea do laudo) e o caráter limitado da perícia, “que se atém a número inexpressivo de informações genéticas”.<sup>44</sup>

Além disso, adverte Zeno VELOSO que “o emprego ilimitado dessa prova espetacular começa a dar sinais de esgotamento e provoca questionamentos de ordem ética, social e jurídica”,<sup>45</sup> como, por exemplo, acerca da paternidade sócio-afetiva, da qual falaremos a seguir, que para muitos traduz a mais verdadeira ligação entre pai e filho.

Assim sendo, convém que a perícia pelo DNA continue a ser utilizada, vez que é um elemento probatório de grande importância, mas tal exame não há de ser tido como “rainha das provas” e nem pode ser elemento probatório exclusivo.<sup>46</sup> Ao invés, deve ser visto com parcimônia, pois outros elementos devem ser considerados para a caracterização da paternidade, ou seja, a análise do DNA deve estar compreendida na realidade de todo o conjunto probatório.<sup>47</sup>

### 2.3 A DIMENSÃO SÓCIO-AFETIVA

---

(DNA Fingerprinting), Sondas Unilocais (*Single Locus Probe*) ou Reação em Cadeia de Polimerase (*Polymerase Chain Reaction*).

<sup>44</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. *Op. cit.*, p. 79-80.

<sup>45</sup> VELOSO, Zeno. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 387.

<sup>46</sup> Como diz Zeno VELOSO, nesse caso, o juiz “não deve se transformar num autômato, num mero homologador de laudos. Não se pode trocar, simplesmente, o velho '*pater is est quem nuptiae demonstrant*' por um modernoso '*pater is est quem sanguis demonstrant*'” (*op. cit.*, p. 388).

<sup>47</sup> Leciona Zeno VELOSO que “o exame de DNA tem sido realizado como prova única, como prova máxima, maravilhosa (em todos os sentidos do vocábulo) e essencial, aparecendo como panacéia para resolver todos os males, superar todas as questões e dificuldades. O resultado do laboratório, entretanto, não pode ser confundido com cartola de mágico, de onde saltam todas as coisas e pulam todas as respostas. Não tem sentido e não há razão para deixar de acolher a prova genética do DNA, mas ela deve estar compreendida no conjunto probatório” (*op. cit.*, p. 387).

Apesar de o avanço científico ter proporcionado a possibilidade de se estabelecer efetivamente o liame genético entre pai e filho, surgiram questionamentos acerca de serem os laços biológicos realmente determinantes na caracterização da verdadeira paternidade.<sup>48</sup>

Essas dúvidas advêm da verificação de que o ato físico da procriação, em realidade, não basta para criar o vínculo parental, é necessário um elemento a mais, que se forma na convivência, no relacionamento diário, qual seja, a afetividade.<sup>49</sup>

Com efeito, pesquisas em psicologia têm constatado que as figuras do pai e da mãe traduzem-se muito mais no lugar que eles ocupam e nas funções que exercem que na própria autoria genética da descendência. Ou seja, do ponto de vista emocional e psicológico, seriam pais aqueles que, tendo ou não gerado a criança, estabeleceram com ela uma ligação psico-afetiva, através do amor, do carinho e da dedicação constantes.<sup>50</sup>

Nesse sentido, João Baptista VILELLA, comentando estudo de GOLDSTEIN, ANNA FREUD e SOLNIT, afirma que:

Para a criança mesma os fatos físicos da geração e parto não conduzem diretamente a um vínculo com os pais. Suas relações de sentimento surgem com base na satisfação de suas necessidades por alimento, cuidados, simpatia e estímulos. (...) Pais biológicos que não estabelecem esse vínculo ou que não vivem em comunidade com a criança são, para os sentimentos desta, nada mais que estranhos.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> Afirma Paulo Luiz Netto LÔBO que “o modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filho, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos” (Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 1, n. 3, jul./set. 2000. p. 37).

<sup>49</sup> “Na família sociológica, a concepção de paternidade não se restringe ao ato da procriação ou revelação dos laços de sangue, há necessidade de outro elemento, caracterizado pelos laços de afeto” (DELINSKI, Julie Cristine. *Op. cit.*, p. 2).

<sup>50</sup> Os estudiosos em Psicologia comentam, ainda, que o afeto desempenha um papel extremamente importante no desenvolvimento do indivíduo, pois lhe proporciona a necessária motivação para a aquisição do conhecimento e, conseqüentemente, para a construção da sua inteligência (MAIDANA, Jédison Daltroso. O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano 6, n. 24, jun./jul. 2004. p. 55).

<sup>51</sup> VILELLA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 4, n. 21, maio 1979. p. 415.

Sendo assim, existiriam, na realidade, dois momentos no nascimento de uma criança: o primeiro, fisiológico, determina a paternidade biológica, enquanto o segundo, emocional, estabelece a paternidade sócio-afetiva.<sup>52</sup> Como bem leciona João Baptista VILELLA, “é neste, sobretudo, que a paternidade se define e se revela. O primeiro se resolve, em rigor, numa proposta, só depois de cuja aceitação surge verdadeiramente a paternidade”.<sup>53</sup>

Pelo exposto, percebe-se que, apesar da popularização dos exames de DNA e um entendimento inicial de que todos os problemas na identificação do vínculo paternal estariam, finalmente, resolvidos, a realidade que se impõe é de que as ações de investigação de paternidade, longe de tornarem-se meramente técnicas, baseadas somente em exames sangüíneos, na verdade devem levar em consideração outros interesses e valores igualmente ou até mais importantes que o dado biológico para a caracterização dos laços entre pai e filho.

Aliás, desde que se extirpou o conceito de legitimidade das relações de família, concedendo-se iguais direitos e deveres a todos os filhos, independentemente da origem, o papel fundante dos laços de sangue foi relativizado. Assim, o conflito entre filiação biológica e socioafetiva, que sempre foi resolvido em benefício da primeira, começou a ser solucionado com vistas no fundamental papel exercido pela segunda. Desvencilhou-se, portanto, os conceitos de pai e genitor, que permaneceram unidos durante a primazia da verdade biológica.

A respeito, leciona Paulo Luiz Netto LÔBO que: “não se pode confundir estado de filiação e origem biológica. Esta não determina aquele, pois desapareceram os pressupostos que a fundamentavam, a saber, a exclusividade da família matrimonial, a legitimidade da filiação, o interesse prevalecente dos pais, a paz doméstica e as repercussões patrimoniais”.<sup>54</sup>

Dessa maneira, o novo posicionamento que se forma acerca do estabelecimento da verdadeira paternidade não despreza o vínculo biológico, porém

---

<sup>52</sup> DELINSKI, Julie Cristine. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>53</sup> VILELLA, João Baptista. *Op. cit.*, p. 415.

<sup>54</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano 5, n. 9, ago./set. 2003. p. 153.

este passa a ser apenas uma dentre as diversas variáveis que compõem a complexa ligação paterno-filial. Dá-se, então, maior enfoque ao vínculo revelado nas relações sociais, ou seja, ganha relevo a paternidade construída “na prática reiterada de atos de amor e cuidado do pai com o filho”,<sup>55</sup> fruto, portanto, de um ato de opção.<sup>56</sup>

Como diz João Baptista VILLELA: “se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja, ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir”.<sup>57</sup>

Para que se possa identificar esse liame psico-emocional entre pai e filho é necessário, então, que esteja presente a chamada *posse de estado de filho*, construção já abrigada por algumas legislações europeias e que é capaz de revelar a dimensão sócio-afetiva da paternidade. Assim sendo, importante para o presente estudo se faz a explanação desse instituto, o que faremos na seqüência.

### 2.3.1 A Posse do Estado de Filho

Como dito, a paternidade, longe de estar determinada biologicamente, depende, para sua identificação, de um dado a mais além da mera ligação genética. Nesse sentido, o papel de pai supera o simples dado da procriação e consubstancia-se em um construído, que se perfaz no dia-a-dia, no cotidiano da relação paterno-filial, tendo por base o amor, o carinho, a atenção e o cuidado.

Esse profundo vínculo emocional, portanto, informa a chamada paternidade *sócio-afetiva*, a qual é revelada através da *posse de estado de filho*, que, por sua vez, “constitui-se quando alguém assume o papel de filho em face daquele ou

---

<sup>55</sup> DELINSKI, Julie Cristine. *Op. cit.*, p. 20.

<sup>56</sup> Leciona Julie Cristine DELINSKI que a paternidade sócio-afetiva “não é um dado e sim um construído. Diversamente da responsabilidade advinda da procriação, a paternidade passa a ser um ato de opção, resultante de manifestação espontânea da vontade” (*op. cit.*, p. 21).

<sup>57</sup> VILLELLA, João Baptista. *Op. cit.*, p. 407-408.

daqueles que assumem os papéis ou lugares de pai ou mãe ou de pais, tendo ou não entre si vínculos biológicos”.<sup>58</sup>

Para que se estabeleça a posse de estado de filho, então, é exigida, tradicionalmente, a presença de três elementos: o *nomen*, a *tractatio*, e a *fama*.

O *nomen* ou *nominatio*,<sup>59</sup> primeiro elemento, caracteriza-se na utilização pelo filho do patronímico do suposto pai. Já o *tractatus* ou *tractatus*<sup>60</sup> resolve-se na situação que resulta de ser o filho tratado como tal pelo suposto pai, que o alimenta, educa, cria, instrui e mantém. Por fim, a *fama* ou *reputatio*<sup>61</sup> consiste no fato de ser o indivíduo tido como filho do suposto pai pela sociedade, ou seja, é a exteriorização do estado,<sup>62</sup> a notoriedade da filiação.<sup>63</sup>

No entanto, é de se registrar que a falta do primeiro elemento – nome – não basta para desconfigurar a existência da posse de estado, pois não seria requisito essencial para sua existência. Assim, restando comprovada a existência do trato e

---

<sup>58</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado...*, p. 138.

<sup>59</sup> Segundo Julie Cristine DELINSKI, o *nomen* “é considerado como o uso constante do nome de família do pretendido pai, ou seja, àquele filho é atribuído o nome do pai” (*op. cit.*, p. 32). Já Jédison Daltozo MAIDANA entende que esse elemento encontra-se presente “quando o filho leva em seu registro o sobrenome do perfilhador” (*op. cit.*, p. 73).

<sup>60</sup> Nas palavras de Luiz Edson FACHIN a *tractatio* se revela “no tratamento a ele [filho] deferido pelo pai, assegurando-lhe a manutenção, educação e instrução” (*Estabelecimento...*, p. 54). Por sua vez, Julie Cristine DELINSKI entende a *tractatio* como “a situação resultante de ser o indivíduo criado, educado, tido e apresentado como filho legítimo, pelo pai e pela mãe” (*op. cit.*, p. 32).

<sup>61</sup> Ainda tomando as lições de Julie Cristine DELINSKI, podemos entender como *reputatio* “a situação resultante de ser o filho sempre considerado na família e na sociedade como filho legítimo das pessoas de quem ele afirma ser, por exemplo, os moradores daquela localidade o conhecem como sendo filho do Sr. Fulano de Tal” (*op. cit.*, p. 32).

<sup>62</sup> Estado seria “a posição jurídica da qual deriva um conjunto de direitos e obrigações” (GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 193) ou, então, “a noção técnica destinada a caracterizar ‘a posição jurídica da pessoa no meio social’” (DELINSKI, Julie Cristine. *Op. cit.*, p. 42). Além disso, “é irrenunciável e imprescritível, não admitindo transação. Seus atributos são pessoais e, por isso, integram o direito da personalidade” (BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Op. cit.*, p. 58-59).

<sup>63</sup> Cabe ressaltar o alerta que faz a doutrina no sentido de que esses elementos não podem ser tomados em conceitos fechados, elaborados de forma prévia, pois “não há, com efeito, definição segura da posse de estado nem enumeração exaustiva de tais elementos, e, ao certo, nem pode haver, pois parece ser da sua essência constituir uma noção flutuante, diante da heterogeneidade de fatos e circunstâncias que a cercam. Ademais, a tradicional trilogia que a constitui (*nomen*, *tractatus*, *fama*) se mostra, às vezes, desnecessária, porque outros fatos podem preencher seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos. É inegável, porém, que naquele tríptico elenco há o mérito de indicar os elementos normais que de modo corrente sugerem a presença da posse de estado” (FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento...*, p. 161). No mesmo sentido, Julie Cristine DELINSKI. *Op. cit.*, p. 33.

da fama, mesmo que o requisito do patronímico esteja ausente, a posse de estado estará caracterizada, como nos leciona José Bernardo Ramos BOEIRA:

A doutrina reconhece em sua maioria que, o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do pai, não enfraquece a 'posse de estado de filho' se concorrem os demais elementos – trato e fama – a confirmarem a verdadeira paternidade. Na verdade, esses dois elementos são os que possuem densidade suficiente capaz de informar e caracterizar a posse de estado.<sup>64</sup>

Ademais, sugere a doutrina que, para a configuração da posse de estado de filho é necessário, ainda, mais um elemento, qual seja, a duração. Isso porque apenas através da continuidade e da estabilidade é que os clássicos elementos da posse de estado podem ser considerados consistentes, já que “a posse de estado revela uma situação que só pode existir com o tempo (repetição de índices diários)”.<sup>65</sup> Sendo assim, “o fator ‘tempo’ condiciona, ao mesmo tempo, a existência e a força da Posse de Estado”.<sup>66</sup>

Todavia, no Brasil, ao contrário do que dispõem algumas legislações européias,<sup>67</sup> a filiação sócio-afetiva e, por consequência, a noção de posse de estado de filho, foram deixadas a um segundo plano, não sendo expressamente previstas pelo legislador.<sup>68</sup> Apenas podemos inferir indiretamente sua presença na legislação pelo texto dos artigos 1.593 e 1.605 do Código Civil de 2002.

---

<sup>64</sup> BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Op. cit.*, p. 63. No mesmo sentido Julie Cristine DELINSKI: “o primeiro elemento (a *nominatio*) é quase sempre de pouca ou nenhuma utilidade. Os outros dois elementos, porém, particularmente o segundo (*tractatio*) são da maior importância, por permitirem revelar a existência (ou não) de vínculo psicológico e social entre o filho e o suposto pai, isto é, ‘de uma relação pai-filho existencialmente vivida’” (*op. cit.*, p. 32).

<sup>65</sup> BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Op. cit.*, p. 65.

<sup>66</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>67</sup> Nessas legislações, da qual são exemplos o Código Civil francês, após a reforma de 1972, e o Código Civil português, posteriormente às modificações ocorridas em 1977, a posse de estado de filho é recepcionada sob duplo aspecto: a) no papel privilegiado de criação do estado de filho; e b) na função secundária de prova da filiação. A respeito, consultar DELINSKI, Julie Cristine. *Op. cit.*, bem como FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento...*

<sup>68</sup> A noção de *posse de estado*, entretanto, não é estranha ao legislador, que a previu no artigo 1.545 do Código Civil de 2002 (artigo 203 no antigo Código Civil), sob a expressão “posse do estado de casadas”, *in verbis*: “o casamento de pessoas que, na posse do estado de casadas, não possam manifestar vontade, ou tenham falecido, não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do Registro Civil que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o casamento impugnado”. Como diz José Bernardo Ramos BOEIRA, comentando o dispositivo do Código Civil de 1916 (que não dispunha no artigo 203 sobre o impedimento da manifestação de vontade, apenas previa a hipótese de falecimento), “aqui, a função deste instituto é suprir a falta de



O primeiro desses dispositivos – artigo 1.593 – reconhece que o parentesco pode resultar de consangüinidade ou de *outra origem*. A respeito, a I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ - do Conselho de Justiça Federal – CJF -, realizada em Brasília nos dias 11 a 13 de setembro de 2002, aprovou o enunciado nº 103, que dispõe:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da *paternidade sócio-afetiva*, fundada na posse do estado de filho.<sup>69</sup> (grifo nosso)

Ainda, o enunciado nº 108, aprovado na mesma ocasião, trata do mesmo tema e prevê que “no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consangüínea e *também a sócio-afetiva*” (grifo nosso).<sup>70</sup>

Também quanto à posse de estado de filho, entende-se que o legislador a previu de modo implícito, como meio de prova supletiva no caso de ausência ou defeito no registro civil de nascimento, vez que autorizou a comprovação da filiação por qualquer meio admissível em direito *quando “existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”* (artigo 1.605, II, do novo Código Civil, correspondente ao artigo 349 da antiga codificação).

A respeito, leciona José Bernardo Ramos BOEIRA que:

Não se pode esquecer, ainda, que a posse de estado se constitui na base sociológica da filiação, necessitando somente que o nosso ordenamento a eleve da categoria apenas probatória para um caráter jurídico, como já fizeram as legislações mais modernas, possibilitando que, por si só, em casos de conflitos de paternidade, possa figurar como elemento constitutivo da filiação.<sup>71</sup>

Assim sendo, nota-se que, infelizmente, o novo Código Civil perdeu uma grande oportunidade de dar maior importância à posse de estado de filho, sendo

---

registro, se forem falecidas as pessoas que viveram na posse de estado de casadas. A finalidade é beneficiar a prole comum” (*op. cit.*, p. 110-111).

<sup>69</sup> Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.gov.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2006.

<sup>70</sup> Idem.

<sup>71</sup> BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Op. cit.*, p. 61.

novamente deixado a cargo dos Tribunais a consolidação desse instituto como meio de revelar a verdadeira paternidade em casos de conflito entre as dimensões jurídica, biológica e sócio-afetiva da filiação.

## 2.4 O CONFLITO DE PATERNIDADES E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Mesmo sendo o mais comum que as dimensões do vínculo paterno-filial estejam em harmonia, convergidas na figura de um só indivíduo, existem situações em que as três realidades - jurídica, biológica e sócio-afetiva - apontam para direções diferentes, provocando um conflito de paternidades. Tal embate, por sua vez, deve ser solucionado com base no caso concreto, levando-se em consideração suas particularidades.

Ora, é necessário dizer, em primeiro lugar, que qualquer tentativa de solução deve ser norteadas, antes de tudo, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, cláusula geral de tutela erigida a fundamento da República no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Além disso, deve-se ter como base, ainda, o princípio do melhor interesse da criança, o qual foi consagrado, primeiramente, pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959,<sup>72</sup> que, em seu segundo princípio, dispõe:

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o *interesse superior da criança*.<sup>73</sup>

A partir dessa diretiva, então, o Código de Menores brasileiro – Lei 6.697/79 – adotou o princípio do melhor interesse da criança, prevendo, em seu artigo 5º que

---

<sup>72</sup> Antes da Declaração Universal dos Direitos da Criança, já haviam cuidado da questão do infante a Declaração de Genebra, de 1924, que proclamava a necessidade de se dar à criança uma proteção especial, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que defendia o direito a cuidados e assistência especiais para a criança. Em momento posterior, também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, tratou desse tema, consagrando, em seu artigo 19, que “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

<sup>73</sup> Declaração Universal dos Direitos da Criança. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex41.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm)>. Acesso em: 29 jul. 2006.

“na aplicação desta Lei, a *proteção aos interesses do menor* sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”. Todavia, além dessa previsão ser apenas uma autorização ao juiz para que procedesse de tal forma, não se consubstanciando em uma obrigação propriamente dita, o Código de Menores era aplicável somente aos infantes em *situação irregular*, previstas em *numerus clausus* em seu artigo 2º.<sup>74</sup>

Posteriormente, com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada em 1989 pela Assembleia Geral da ONU e ratificada pelo Brasil em 1990,<sup>75</sup> estabeleceu-se a doutrina da proteção integral, segundo a qual “a população infanto-juvenil, em qualquer situação, deve ser protegida e seus direitos, garantidos, além de terem reconhecidas prerrogativas idênticas às dos adultos”.<sup>76</sup>

Através dessa doutrina, portanto, as crianças e adolescentes não mais são tidos como meros objetos dos interesses dos adultos, mas passam a ser considerados verdadeiros sujeitos de direito, merecedores da devida tutela legal.

É nessa perspectiva que a Constituição Federal,<sup>77</sup> no *caput* do artigo 227, estabelece que a família, a sociedade e o Estado devem assegurar à criança e ao adolescente, *com absoluta prioridade* “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à

---

<sup>74</sup> Lei 6.697/79, artigo 2º: “Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

- a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
- b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

- a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
- b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal”.

<sup>75</sup> A Convenção adquiriu força de lei no Brasil mediante o Decreto legislativo nº 28, de 24 de setembro de 1990 e o Decreto executivo nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

<sup>76</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A família na travessia do milênio*. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 220.

<sup>77</sup> Mesmo estando ainda em discussão na ONU, os preceitos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança foram consagrados no artigo 227 da Constituição Federal, que é tido como a síntese da dita Convenção.

educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, também sendo sua obrigação “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Vale dizer que o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 –, ao efetivar as disposições constitucionais sobre a infância e a juventude, também consagrou a doutrina da proteção integral. Além disso, diferentemente do que ocorria com o Código de Menores, o Estatuto é aplicável a todas as crianças e adolescentes, o que contribui para uma maior efetivação desse novo enfoque dado à população infanto-juvenil.

Ainda, por conta dessa mesma doutrina, a aplicação do princípio do melhor interesse da criança foi ampliada,<sup>78</sup> vez que o artigo 3.1 da Convenção o prevê não só como fonte de inspiração para a legislação, mas também como diretriz orientadora das medidas provenientes de autoridades administrativas.<sup>79</sup> Além disso, foi provido de maior caráter cogente pelo fato de ter sido consagrado na Constituição.

A respeito, leciona Heloisa Helena BARBOZA: “a doutrina da proteção integral, de maior abrangência, não só ratificou o princípio do melhor interesse da criança como critério hermenêutico como também lhe conferiu natureza constitucional, como cláusula genérica, que em parte se traduz através dos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos no texto da Constituição Federal”.<sup>80</sup>

Por imposição constitucional, portanto, esse princípio deve reger, necessariamente, todas as questões familiares que envolvam menores, visto que,

---

<sup>78</sup> Na verdade, a expressão *best interests of the child*, presente no texto original em inglês, foi traduzida para o português como *interesse maior da criança*. Assim, de um critério qualitativo, passou-se para um conceito quantitativo. Deve-se, entretanto, com base no conteúdo revelado pelo princípio, adotar-se a expressão *melhor interesse da criança*. Sobre a questão, v. PEREIRA, Tânia da Silva. *Op. cit.*, p. 216.

<sup>79</sup> Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, artigo 3.1: “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por *autoridades administrativas ou órgãos legislativos*, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

<sup>80</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A família na travessia do milênio*, p. 206.

para além de uma simples recomendação ética, perfaz-se em “diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”.<sup>81</sup>

Ao utilizar o princípio do melhor interesse da criança na solução dos embates acerca da paternidade, então, devem ser considerados, antes dos direitos dos pais, os interesses dos filhos, como indica Paulo Luiz Netto LÔBO: “o princípio inverte a ordem de prioridade: antes no conflito entre a filiação biológica e a não biológica ou socioafetiva, resultante de posse de estado de filiação, a prática do direito tendia para a primeira, enxergando o interesse dos pais biológicos como determinante, e raramente contemplando os do filho”.<sup>82</sup>

Nessa perspectiva, o Código Civil de 2002 pode servir de auxílio na busca de um parâmetro na resolução do conflito, pois, em seu artigo 1.584, ao tratar da guarda, consagra também o princípio do melhor interesse da criança, estabelecendo que ela será atribuída a quem “*revelar melhores condições de exercê-la*”.<sup>83</sup>

Conta com melhores condições, entretanto, não só aquele pai que possui uma situação patrimonial mais favorável, mas aquele que reúne diversos outros aspectos favoráveis. Nesse sentido, podemos nos utilizar, para a definição da paternidade, dos critérios que Luiz Edson FACHIN, com base em doutrina internacional, procura estabelecer para melhor atender o interesse da criança nas decisões sobre custódia e direitos de visita, bem como na aprovação de adoção e guarda:

- o amor e os laços afetivos entre o pai ou o titular da guarda e a criança;
- a habitualidade do pai ou do titular da guarda de dar à criança amor e orientação;
- a habilidade do pai ou titular da guarda de prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica (os chamados alimentos necessários);
- qualquer padrão de vida estabelecido;
- a saúde do pai ou titular da guarda;
- o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos;
- a preferência da criança, se ela tem idade suficiente para ter opinião;

---

<sup>81</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado...*, p. 144.

<sup>82</sup> Idem, p. 145.

<sup>83</sup> Código Civil de 2002, artigo 1.584: “Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições de exercê-la”.

- a habilidade do pai em encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e o outro pai.<sup>84</sup>

Assim sendo, conclui-se que, para que o juiz decida onde se encontra o melhor interesse da criança, deve levar em consideração tudo aquilo que possa levar à realização pessoal do infante, o que se dá, via de regra, onde este possa encontrar amor, afeto, orientação, cuidado, carinho e atenção. É, portanto, como já dito anteriormente, uma análise profunda que deve ser feita concretamente, de acordo com as particularidades de cada caso.

---

<sup>84</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 98, nota 23.

### 3 O INSTITUTO DA ADOÇÃO NO BRASIL

#### 3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS E O SISTEMA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Adoção é uma modalidade de constituição de parentesco civil, conceituada por Eduardo de Oliveira LEITE como “o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece um vínculo de filiação trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que lhe é estranha”.<sup>1</sup>

Na Antigüidade, a adoção tinha por fim a perpetuação do culto doméstico pela linha masculina, sendo utilizada como último recurso para “fugir à desgraça tão temida de sua extinção”.<sup>2</sup> Realizava-se, para a admissão do adotado na família, uma cerimônia sagrada semelhante à do nascimento, na qual o recém-chegado vinculava-se ao culto doméstico. A partir de então, rompiam-se os vínculos deste com sua família de origem.<sup>3</sup> Além disso, por ter única e exclusivamente a finalidade de evitar a extinção do culto, a adoção só era permitida a quem não tinha filhos.

Esta orientação parece ter sido seguida pelo Código Civil de 1916, que, de cunho egoístico, dava primazia aos interesses dos pais, tendo por objetivo apenas proporcionar um filho (ainda que de forma artificial) àqueles a quem a natureza os negou. Não é de se espantar, portanto, que este diploma legal tenha previsto a adoção apenas para os indivíduos que não possuísem prole legítima ou legitimada (artigo 368).<sup>4</sup>

Outros requisitos exigidos pelo Código, em sua redação original, eram: idade mínima de cinqüenta anos (artigo 368); dezoito anos de diferença entre adotante e adotado (artigo 369); o consentimento daquele que detém a guarda do menor ou

---

<sup>1</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 257.

<sup>2</sup> COULANGES, Fustel de. *Op. cit.*, p. 39. Na mesma obra, o citado autor ensina que “adotar um filho era, portanto, velar pela continuidade da religião doméstica, pela conservação do fogo sagrado, pela não-cessação das ofertas fúnebres, pelo repouso dos manes dos ancestrais” (idem, *ibidem*).

<sup>3</sup> Idem, p. 39-40.

<sup>4</sup> Entretanto, previa o artigo 377 que: “A adoção produzirá os seus efeitos, ainda que sobrevenham filhos ao adotante, salvo se, pelo fato do nascimento, ficar provado que o filho estava concebido no momento da adoção”.

interdito (artigo 372); a situação de casados, para que fosse possível a adoção por duas pessoas (artigo 370); a prestação de contas pelo tutor ou curador, para que pudessem adotar o pupilo ou curatelado (artigo 371).

Ainda, pelo sistema consagrado no Código Civil, a adoção era feita através de escritura pública, a qual não se poderia opor condição ou termo (artigo 375) e era limitada, ou seja, os novos laços de parentesco, que só se davam entre adotante e adotado (salvo quanto aos impedimentos matrimoniais – artigo 376), não tinham o condão de desfazer os vínculos do adotado com sua família originária. Permaneciam, então, os direitos e deveres resultantes do parentesco natural, com exceção do pátrio poder, que era transferido ao adotante (artigo 378).

Ainda, poderia o vínculo da adoção ser dissolvido pelo adotado no ano seguinte em que completasse a maioridade ou em que cessasse a interdição (artigo 373). Tal ligação também poderia se extinguir pela conveniência de ambas as partes ou na hipótese de o adotado cometer ingratidão contra o adotante (artigo 374).

### 3.2 AS ALTERAÇÕES OCASIONADAS PELAS LEIS Nº 3.133/57 E Nº 4.655/65

Posteriormente, modificou-se a matéria da adoção com o advento da Lei nº 3.133/57, que modificou alguns artigos do Código Civil. Assim, a idade mínima para adotar passou de cinquenta para trinta anos, passou-se a exigir cinco anos de casamento, pelo menos, para que o indivíduo casado pudesse adotar (artigo 368, parágrafo único); diminuiu-se a diferença de idade entre adotante e adotado para dezesseis anos; modificou-se a redação do artigo 372, de modo a prever a necessidade do consentimento do adotado ou de seu representante legal, no caso de incapaz ou nascituro; alterou-se, também, a redação do inciso II do artigo 374, prevendo-se a dissolução do vínculo da adoção nos casos em que se admitia a deserção (anteriormente o Código falava em cometimento de “ingratidão”); e, enfim, autorizou-se a adoção por pessoas que possuíssem filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, porém com a ressalva de que, nesse caso, a relação de adoção não envolveria a de sucessão hereditária (artigo 377).



De resto, continuou a adoção a ser realizada por escritura pública, estabelecendo vínculo limitado entre adotante e adotado, com a possibilidade de dissolução do vínculo adotivo.

Outra legislação que modificou o tema em questão foi a Lei nº 4.655/65, que dispôs sobre a chamada “legitimidade adotiva”, nomenclatura por muitos criticada por misturar duas noções diferentes em um vocábulo composto de difícil compreensão.<sup>5</sup> Esse diploma legal objetivava equiparar os filhos-legitimados-adotivos<sup>6</sup> à prole legítima (com exceção dos direitos de sucessão),<sup>7</sup> criando uma forma de adoção em que a ligação adotado-adotante era mais forte, pois que era irrevogável e se estendia à família dos legitimantes, caso os ascendentes desses adesão ao ato que a consagrou. Além disso, a adoção se realizava perante o Judiciário e com seu deferimento cessavam os direitos e obrigações oriundos da relação de parentesco do adotado com sua família de origem.

Entretanto, devido aos obstáculos opostos pelos diversos requisitos necessários para que se autorizasse a legitimação (como a exigência de um período mínimo de três anos de guarda do menor pelos requerentes, ou a possibilidade de solicitação da legitimação adotiva apenas por casais com mais de cinco anos de matrimônio, sendo um dos cônjuges maior de trinta anos de idade, sem filhos legítimos, legitimados ou naturais reconhecidos), essa “modalidade” de adoção foi pouco utilizada.

---

<sup>5</sup> Antonio CHAVES leciona, a respeito, que “legitimação adotiva é coisa bem diferente de legitimação, ao mesmo tempo que não pode ser considerada igual à adoção, pois seus efeitos são mais profundos e duradouros” (*Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 70). Comenta o autor, ainda, que recrimina-se, “antes de mais nada, o emprego de um nome composto, que torna fastidiosamente pesado o estilo jurídico: teríamos, ao lado da criança-adotada-simples, a criança-adotada-por-legitimação-adotiva” (idem., p. 71).

<sup>6</sup> Vale dizer que esse diploma legal era aplicado apenas para os infantes que preenchiam os requisitos do artigo 1º *caput* ou § 1º, *in verbis*:

“Art. 1º É permitida a legitimação do infante exposto, cujos pais sejam desconhecidos ou hajam declarado por escrito que pôde ser dado, bem como do menor abandonado propriamente dito até 7(sete) anos de idade, cujos pais tenham sido destituídos do pátrio poder; do órfão da mesma idade, não reclamado por qualquer parente por mais de um ano; e, ainda, do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitado de prover a sua criação.

§1º Será também permitida a legitimação adotiva, em favor do menor, com mais de 7 (sete) anos, quando à época em que completou essa idade, já se achava sob a guarda dos legitimantes, mesmo que estes não preenchessem então as condições exigidas”.

<sup>7</sup> Lei nº 4.655/65, artigo 9º: “O legitimado adotivo tem os mesmos direitos e deveres do filho legítimo, salvo no caso de sucessão, se concorrer com filho legítimo superveniente à adoção”.

### 3.3 O CÓDIGO DE MENORES DE 1979: ADOÇÃO SIMPLES E PLENA

Já em 1979, o Código de Menores – Lei nº 6.697 – revogou a Lei nº 4.655/65, substituindo a legitimação adotiva pela adoção plena. Como manteve íntegros os dispositivos do Código Civil, acabou por desdobrar a adoção em três “modalidades”: a) a adoção do Código Civil; b) a adoção simples, regulada, basicamente, nos artigos 20, 27, 28 e 107 a 109 da Lei nº 6.697/79; e c) a adoção plena, prevista nos artigos 29 a 37 e 107 a 109 deste último diploma legal.

A adoção do Código Civil, a partir da edição da legislação menorista, ficou reservada aos indivíduos maiores de dezoito anos e aos menores que não se enquadravam nas hipóteses de aplicação da Lei nº 6.697/79, ou seja, aplicava-se aos menores em geral, visto que o Código de Menores regia os infantes que se encontravam em situação irregular (hipóteses em *numerus clausus* pelo artigo 2º da Lei).<sup>8</sup>

A adoção simples,<sup>9</sup> que, portanto, assim como a adoção plena, se destinava apenas aos menores em condições de irregularidade, dependia de autorização judicial (artigo 28) e, segundo o artigo 27, deveria reger-se pela “lei civil”, observado o disposto no Código de Menores. A respeito dessa previsão, indica Antônio CHAVES<sup>10</sup> que duas eram as determinações fundamentais do referido diploma legal: o estágio de convivência do menor, disposto no §1º do artigo 28, que tinha prazo determinado pelo juiz de acordo com a idade do menor e com outras particularidades do caso,<sup>11</sup> e a sindicância estabelecida no artigo 108, através da qual funcionários do juizado verificavam os resultados de tal estágio e a

---

<sup>8</sup> Tal dispositivo já se encontra transcrito *supra*, no capítulo 2, nota nº 74.

<sup>9</sup> Define Antônio CHAVES adoção simples como “o ato solene pelo qual, obedecidos os requisitos da Lei, alguém estabelecia, com menor em situação irregular, um vínculo fictício de paternidade e filiação legítimas, de efeitos limitados e sem total desligamento do adotando da sua família de sangue” (*op. cit.*, p. 60).

<sup>10</sup> CHAVES, Antônio. *Op. cit.*, p. 62-63.

<sup>11</sup> Na hipótese de contar o adotando com um ano ou menos de idade, o estágio de convivência poderia ser dispensado (artigo 28, §2º, da Lei nº 6.697/79).

conveniência da adoção,<sup>12</sup> informações estas que seriam apresentadas ao juiz em forma de relatório e serviriam de base para sua decisão (artigo 109, *caput*).<sup>13</sup>

Assim, como a adoção simples regia-se, de modo geral, pelo sistema do Código Civil, gerava vínculo adotivo limitado, revogável, ao contrário da adoção plena,<sup>14</sup> irrevogável, que formava laços mais fortes entre adotante e adotado, já que atribuía, segundo o artigo 29, “condição de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes”, com exceção dos impedimentos matrimoniais.

Essa “espécie” de adoção cabia apenas para infantes menores de sete anos, que se encaixassem na hipótese do inciso I do artigo 2º da legislação menorista,<sup>15</sup> ou seja, estivessem privados “de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória”, de forma não eventual (artigo 30).<sup>16</sup> Poderia, no entanto, ser autorizada em relação a menor que contasse com mais de sete anos, se já estivesse sob a guarda dos adotantes à época em que completou essa idade (artigo 30, parágrafo único).

Além disso, para que a adoção na “modalidade” plena fosse deferida era necessário passar por um estágio probatório de convivência de, no mínimo, um ano (artigo 31). Ainda, eram legitimados para requerer a adoção apenas casais que contassem com mais de cinco anos de matrimônio, sendo pelo menos um dos

---

<sup>12</sup> Caso o estágio de convivência fosse cumprido no exterior, a sindicância poderia “ser substituída por informação prestada por agência especializada, de idoneidade reconhecida por organismo internacional” (artigo 108, parágrafo único, da Lei nº 6.697/79).

<sup>13</sup> Lei nº 6.697/79, artigo 109, *caput*: “Apresentado o relatório de sindicância e efetuadas outras diligências reputadas indispensáveis, após ouvir o Ministério Público, a autoridade judiciária decidirá em cinco dias”.

<sup>14</sup> Eduardo de Oliveira LEITE define adoção plena como aquela que, “através de uma ficção jurídica, vincula o filho adotado aos pais adotantes, como se se tratasse de filho biológico, em ‘perfeita imitação da natureza’” (*Direito civil aplicado...*, p. 256).

<sup>15</sup> Lei nº 6.697/79, artigo 2º: “Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;  
b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; (...). ”

<sup>16</sup> Vale dizer que, para os estrangeiros, também só se poderia pleitear a adoção de infantes que estivessem “privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória”, de forma não eventual, porém somente se decorrente da “falta, ação ou omissão dos pais ou responsável” (situação descrita na alínea a, do inciso I, do artigo 2º da Lei nº 6.697/79), ainda com a ressalva de que só se poderia realizá-la através da adoção simples (artigo 20 da Lei).

cônjuges maior de trinta anos (artigo 32). Apenas se dispensava esse prazo quinquenal no caso de comprovada esterilidade de um dos cônjuges, porém era necessário provar a estabilidade conjugal (artigo 32, parágrafo único).

Aos viúvos (viúvo ou viúva), só era autorizada a adoção plena na hipótese de o menor já ter iniciado estágio de convivência de três anos ainda em vida do outro cônjuge, estando, portanto, integrado àquele lar (artigo 33). Aos casais separados judicialmente também se autorizava a adoção plena, mas somente se já começado o estágio pelo prazo de três anos na constância da sociedade conjugal e houver acordo sobre a guarda do menor (artigo 34).

Dados esses requisitos, se deferida a adoção plena, os vínculos originais de filiação do adotado cessavam com a inscrição da sentença concessiva no Registro Civil e o registro anterior do menor era cancelado (artigo 35, §§ 2º e 3º). Além disso, segundo o artigo 36, a sentença conferia o nome do adotante ao menor e era possível a modificação do prenome a pedido deste.

### 3.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E AS PREVISÕES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Com o advento da Constituição de 1988, ficou proibida a discriminação entre os filhos, que passaram a ser em tudo igualizados, independentemente de sua origem (artigo 226, §6º, da Constituição Federal). Assim sendo, também dentre os filhos adotivos não poderia haver qualificações diversas, o que colocou em cheque o sistema triplo de adoção que vigorava desde a edição do Código de Menores até então.

Assim, como o artigo 227, §5º da Carta Maior dispunha que a adoção seria assistida pelo Poder Público, revogado foi o artigo 17 do Código de Menores, na parte em que admitia as duas formas de adoção: simples e plena. Continuou válida apenas a adoção plena, como se extrai do seguinte julgado, proveniente do Conselho de Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

A Constituição Federal só admite uma espécie de adoção, a plena. É o que se infere da exegese do art. 227, no seu §6º, quando dispõe que 'Os filhos, havidos ou não de relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação'.

Os filhos adotivos, hoje, se igualam em tudo aos legítimos, inclusive quanto à qualificação, além dos direitos, não mais subsistindo a adoção simples do Código Civil, que poderia romper-se, voltando as partes ao estado anterior. Ela, hoje, se ajusta à definida no art. 29 do Código de Menores.<sup>17</sup>

Já em relação à adoção de maiores de idade, continuava sendo regida pelo Código Civil, vez que o artigo 227 da Constituição Federal refere-se à situação da *criança* e do *adolescente*, como se afirma na seguinte ementa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

ADOÇÃO. A inexistência de distinção entre adoção simples e plena, decorrente da Constituição Federal (§5º e §6º), diz respeito às hipóteses em que o adotando for criança ou adolescente. Na hipótese de adoção de maior, cuja possibilidade persiste, devesse ser procedida através de escritura pública (CC, art. 375). Apelo improvido.<sup>18</sup>

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (doravante ECA), essa situação não se alterou. Continuou sendo regida pelo Código Civil a adoção de maiores, enquanto aos menores se dirigia a adoção plena. Entretanto, essa modalidade de adoção agora é disciplinada pelo Estatuto e abrange *qualquer* criança ou adolescente,<sup>19</sup> que, a partir de então, passaram a ser reconhecidos como *sujeitos* de direito, não mais sendo tratados como objeto da relação jurídica.

Nessa perspectiva, o ECA dispõe que é direito fundamental de toda criança ou adolescente ser criado no seio de sua família natural ou, excepcionalmente, de uma família substituta (artigo 19). Por sua vez, a colocação em família substituta se dá através de guarda, tutela ou adoção, com a oitiva prévia do infante, sempre que possível, conforme se extrai do artigo 28, *caput* e §1º.

Mais especificamente quanto à adoção, o Estatuto traz os seguintes requisitos: idade de dezoito anos, no máximo, do adotando, salvo se já estiver sob a guarda dos adotantes (hipótese em que se estende essa idade até os vinte e um anos, conforme se depreende do artigo 40 c/c artigo 2º, parágrafo único); idade mínima de vinte e um anos para o adotante, independentemente do estado civil

<sup>17</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Proc. 230/89, rel. Des. Maria Stella, j. 27/11/1989, ADV 49.107. *Apud* CHAVES, Antônio. *Adoção*, p. 102-103.

<sup>18</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível nº 590081733, rel. Des. Luiz Fernando Koch, j. 12/03/1991. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 27 jul. 2006.

<sup>19</sup> É considerada criança, pelo ECA, a pessoa que conte com até doze anos de idade, enquanto adolescente é a pessoa entre doze e dezoito anos de idade (artigo 2º, *caput*).

(artigo 42); dezesseis anos de diferença entre adotante e adotando (artigo 42, §3º); consentimento dos pais ou representantes legais do adotando, dispensado na hipótese de pais desconhecidos ou destituídos do pátrio poder (artigo 45, *caput* e §1º); consentimento também do infante, caso seja maior de doze anos de idade (artigo 45, §2º); prévio estágio de convivência com prazo fixado pelo juiz, a depender das peculiaridades do caso, dispensado se o adotando tiver um ano de idade ou menos, ou então se já estiver por tempo suficiente na companhia do adotante, de modo a possibilitar a avaliação da conveniência da constituição do vínculo (artigo 46, *caput* e §1º); o tutor e curador devem dar conta de sua administração e saldar seu alcance para poderem adotar o pupilo ou curatelado (artigo 44).

Além disso, reza o Estatuto que irmãos e ascendentes do infante não podem adotá-lo (artigo 42, §1º). Também, possibilitou-se a adoção tanto por cônjuges como por concubinos, apenas se exigindo que um deles tenha vinte e um anos completos e reste comprovada a estabilidade da família (artigo 42, §2º). Já o §4º do artigo 42 autoriza a adoção conjunta por casais divorciados ou judicialmente separados, desde que haja acordo acerca da guarda e regime de visitas e o estágio de convivência tenha se iniciado na constância da sociedade conjugal.

Deve-se dizer, ainda, que o vínculo de adoção estabelecido de acordo com o ECA constitui-se mediante sentença judicial (artigo 47, *caput*), é irrevogável (artigo 48) e atribui condição de filho ao adotado, que passa a ter os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, de eventuais outros filhos do adotante. As ligações com a família de origem, por sua vez, são extintas, salvo no que concerne aos impedimentos matrimoniais (artigo 41).<sup>20</sup>

Importante mencionar, por fim, que a adoção somente é deferida se apresentar *reais vantagens* ao adotando e *fundar-se em motivos legítimos*, o que demonstra a preocupação do legislador com a pessoa do adotado, muito mais que com os interesses dos adotantes, indo ao encontro da já referida doutrina da proteção integral e do princípio do melhor interesse da criança.

---

<sup>20</sup> Entretanto, caso um dos cônjuges ou concubinos adote filho do outro, os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge/concubino do adotante e os respectivos parentes são mantidos, segundo o artigo 41, §1º.

### 3.5 A DISCIPLINA NO NOVO CÓDIGO CIVIL

A disciplina da adoção do Código Civil de 2002, apesar de muito diferente da encontrada no Código Civil de 1916, praticamente não difere das disposições já existentes no Estatuto da Criança e do Adolescente, vez que grande parte dos artigos do Código repetem *ipsis litteris* previsões do ECA,<sup>21</sup> enquanto outros apenas possuem redação um pouco modificada.<sup>22</sup> Escassas, portanto, são as novidades.

Cabe dizer, por oportuno, que, mesmo com a promulgação da nova legislação civil, continua em vigor o Estatuto, já que se trata de lei especial, editada exatamente com a finalidade de consagrar a proteção integral da criança e do adolescente. Devemos, portanto, entender que a adoção de menores permanece sendo regulada pelo ECA, enquanto o Código Civil fica reservado para a adoção dos maiores de dezoito anos. Caso, porém, haja incompatibilidade entre os dois diplomas, prevalecem as disposições do Código.

Quanto às alterações trazidas pelo novo Código Civil,<sup>23</sup> cumpre destacar: a) a alteração da idade mínima do adotante para dezoito anos (artigo 1.618); b) a

---

<sup>21</sup> É o caso do artigo 42, § 3º do ECA e do artigo 1.619 do Código Civil (CC), que trazem a previsão de que o adotante deve ser dezesseis anos mais velho que o adotado; bem como do artigo 42, §4º do ECA e do artigo 1.622, parágrafo único do CC, que autorizam a adoção por casais divorciados ou separados judicialmente, ambos trazendo os mesmos requisitos.

<sup>22</sup> Nos seguintes artigos o Código Civil reprisou dispositivos do ECA, apenas modificando a redação: a) o artigo 1.626, parágrafo único eliminou a expressão “concubinos”, presente no artigo 41, §1º do ECA, adotando, ao invés, o vocábulo “companheiro”, *in verbis*: “se um dos cônjuges ou Companheiros adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes”; b) o artigo 1.620 repetiu a previsão do artigo 44 do ECA, apenas substituindo a expressão “saldar seu alcance” por “saldar o débito”, *in verbis*: “Enquanto não der contas de sua administração e não saldar o débito, não poderá o tutor ou curador adotar o pupilo ou o curatelado”; c) o artigo 1.621 manteve a necessidade de consentimento dos pais ou responsáveis legais, como também do próprio adotando se maior de doze anos, presente no artigo 45, *caput* e §2º do ECA; d) o artigo 1.621, §1º trouxe a mesma hipótese de dispensa do consentimento do artigo 45, §1º do ECA, qual seja, pais desconhecidos ou destituídos do “poder familiar” – expressão esta que substituiu o “pátrio poder” de que falava o Estatuto; e) também o artigo 1.627 traz a mesma previsão do artigo 47, §5º do ECA de que a sentença confere ao adotado o nome do adotante, havendo a possibilidade de modificação do prenome (caso o adotado seja menor); f) o artigo 1.628, 1ª parte repete o disposto no artigo 47, §6º do ECA, ambos tratando do início da produção de efeitos da adoção com o trânsito em julgado da sentença, exceto no caso de falecimento do adotante no curso do procedimento, hipótese em que retroagirá à data do óbito; g) o artigo 1.626 atribui ao adotado, assim como o artigo 41 do ECA, a condição de filho, desligando-o dos vínculos com a família de origem, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais; h) nos dois diplomas se exige, para a autorização da adoção, que esta traga “efetivo benefício” para o adotando (a expressão utilizada pelo ECA é “reais vantagens”).

<sup>23</sup> Deve-se dizer, nessa oportunidade, que o Código Civil remeteu a disciplina da adoção internacional à legislação especial, sem definir qual seja. Como diz Eduardo de Oliveira LEITE, “tudo

revogabilidade do consentimento dos pais ou responsáveis legais até a publicação da sentença constitutiva da adoção (artigo 1.621, §2º); c) a necessidade de processo judicial e da assistência do Poder Público para a adoção de maiores de dezoito anos (artigo 1.623, *caput* e parágrafo único); d) a dispensa do consentimento do representante legal no caso de “infante exposto”, menor com pais desaparecidos ou órfão não reclamado por parente por mais de um ano (artigo 1.624);<sup>24</sup> e) a previsão expressa de que os vínculos de parentesco se estabelecem tanto entre adotante e adotado como entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante (artigo 1.628, 2ª parte).

Reunindo-se, então, as contribuições trazidas pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo novo Código Civil, pode-se dizer que todas as adoções realizadas hoje são judiciais, assistidas pelo Poder Público e contam com a irrevogabilidade a partir da publicação da sentença constitutiva. Além disso, dão condição de filho ao adotado, desligando-o das relações com a família originária (exceto quanto aos impedimentos matrimoniais) e criando, sem exceção, vínculos de parentesco entre o adotado e o adotante e entre o adotante e os descendentes do adotado, bem como entre este e a família do adotante, efeito este que, como bem explana Eduardo de Oliveira LEITE:

1. integra o adotado no parentesco dos adotantes, que passam a assumir a posição de pai e mãe em relação ao adotado;
2. em se tratando de adoção plena, vincula definitivamente o adotado na nova família dos adotantes; estabelece-se relação de parentesco entre os pais adotantes e os descendentes do adotado, isto é, filhos e netos passam a ser netos e bisnetos dos adotantes;

---

indica estar se referindo ao Estatuto da Criança e do Adolescente” (*Direito civil aplicado...*, p. 260). Assim, como ainda não tratamos desse tema, reservamos, aqui, algumas linhas para brevemente tecermos suas linhas. A adoção internacional é tratada no ECA nos artigos 31, 51 e 52 do ECA. O artigo 31 prevê que a colocação de criança em família substitutiva estrangeira é medida excepcional e só pode se dar através da adoção, obedecendo-se os requisitos de formulação do pedido estabelecidos nos parágrafos do artigo 51 – habilitação para a adoção consoante as leis do país estrangeiro, apresentação de estudo psicossocial e, caso determinado, também de texto pertinente à legislação estrangeira, acompanhado de prova de sua vigência, além da necessidade de que os documentos em língua estrangeira juntados aos autos sejam autenticados pela autoridade consular, acompanhados de tradução, feita por tradutor público juramentado. Também poderá a adoção ser condicionada a estudo prévio e análise de comissão judiciária de adoção, segundo o artigo 52. Por fim, a saída do adotando do país só é permitida a partir da consumação da adoção (artigo 51, §4º).

<sup>24</sup> O artigo também menciona o menor cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder, porém essa previsão já constava do Estatuto e, além disso, é repetida pelo §1º do artigo 1.621.



3. também constitui relação de parentesco o vínculo que se estabelece entre o adotado com os parentes do adotante, isto é, com seus ascendentes e colaterais; isto é, o pai do adotante passa a ser avô do adotado e o irmão do adotante passa a ser tio do adotado.<sup>25</sup>

O mais importante, entretanto, é que se transforma um instituto egoístico, destinado a pais sem possibilidade de ter filhos, em um instrumento de assistência, vez que os interesses do adotado são preponderantes, não se autorizando nenhuma adoção que não lhe constitua benefícios efetivos. Assim, ao juiz cabe analisar, por exemplo, se há afinidade entre adotante e adotado e se o ambiente familiar é favorável, procurando concretizar o princípio do melhor interesse da criança, já presente na Constituição e no Estatuto e que encontra eco no novel diploma civil.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado...*, p. 263-264.

<sup>26</sup> Idem, p. 263.

#### 4 ADOÇÃO À BRASILEIRA

Trata-se a chamada “adoção à brasileira”, em linhas gerais, de uma adoção que não segue o devido processo legal, na qual “o interessado ou o casal ‘adotam’ filhos alheios como seus – em geral pequenos e em maternidades ou orfanatos – registrando-os como se fossem filhos ‘naturais’ seus”.<sup>1</sup>

A especial nomenclatura se deve exatamente ao fato de ser uma prática muito difundida no Brasil, como indica pesquisa feita pela psicóloga Lídia WEBER com 311 famílias adotivas em 17 estados do País:<sup>2</sup> das adoções realizadas, 52,1% obedeceram aos trâmites legais, enquanto 41,5% foram realizadas pelo simples registro da criança no nome dos pais adotivos.<sup>3 4</sup>

O mesmo estudo traz outros dados interessantes: as adoções informais<sup>5</sup> deram-se, em maioria, nas capitais (54%) ou em cidades do interior do estado de moradia do adotante (40,5%), sendo mais rara sua ocorrência fora do estado em que este reside (5,5%);<sup>6</sup> além disso, os resultados apontam que o nível de escolaridade dos pais adotivos influi na decisão sobre a forma de realização da adoção, vez que apenas 29,8% dos pais e 20% das mães com ensino superior optaram pela adoção informal;<sup>7</sup> também, concluiu-se que quanto maior a renda da família, maior a proporção de adoções legais, pois 56,2% das famílias com renda até 15 salários-mínimos mensais fizeram adoções informais, enquanto que nas famílias

---

<sup>1</sup> SZNICK, Valdir. Crimes cometidos contra a adoção. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, ano 17, n. 114, julho 1993. p. 65.

<sup>2</sup> A própria pesquisadora revela a dificuldade de se fazer o levantamento da real situação das famílias adotivas no País, pois há um grande número de famílias que adotaram e nunca revelaram tal fato, o que dificulta a obtenção de uma amostra verdadeiramente representativa e impede a generalização dos resultados para toda a população. Todavia, a investigação feita por Lídia WEBER possibilita um olhar panorâmico sobre o tema.

<sup>3</sup> WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. *Pais e filhos por adoção no Brasil*, p. 113.

<sup>4</sup> Os 6,4% restantes tratavam-se de filhos de criação, ou seja, pais que simplesmente criam filhos alheios, porém sem registrá-los em seu nome.

<sup>5</sup> Adoção informal, na referida pesquisa, abrange a adoção à brasileira e os filhos de criação.

<sup>6</sup> Weber, Lídia Natalia Dobrianskyj. *Op. cit.*, p. 115.

<sup>7</sup> Idem, p. 115-116.

com renda superior a esse patamar a porcentagem diminui para 23,8%;<sup>8</sup> por fim, notou-se um decréscimo significativo no número de adoções informais após o ano de 1991, já que 63,6% ocorreram antes dessa data, enquanto 36,4% foram realizadas a partir de 1992.<sup>9</sup>

Voltando-se agora para os motivos que levam uma pessoa a registrar filho de outrem como se fosse próprio, aponta a doutrina, primeiramente, para a morosidade e complexidade da adoção legal, o que leva a um maior custo financeiro e humano, além de despertar nos “adotantes” a insegurança quanto à possibilidade de “perda” do infante por conta de eventuais entraves ao longo do processo.

Ao que tudo indica, entretanto, tudo isso não passa de um grande mito, visto que, com a evolução experimentada na legislação, foi em muito facilitado o procedimento da adoção. No entanto, algumas condições certamente devem ser atendidas, até mesmo para proteger o adotando e assegurar que a adoção lhe trará benefícios.

Além disso, o tempo de espera em Curitiba, segundo Cristina TRENTTO,<sup>10</sup> dificilmente passa dos nove meses necessários a uma gestação normal, podendo ser ainda menor caso se reduzam as exigências quanto à pessoa do adotando.<sup>11</sup> Aliás, esse lapso temporal é importante por duas razões: para que se verifique se a pessoa realmente está apta a adotar e para preparar psicologicamente o adotante para a chegada do filho.

Também enseja a prática da adoção à brasileira o receio de que o filho descubra que não possui laços de sangue com os pais, o que se mostra infundado, pois no processo legal de adoção o registro original do adotado é cancelado, sendo realizada nova inscrição, em que constam o nome dos adotantes como pais e de

---

<sup>8</sup> Weber, Lídia Natalia Dobrianskyj. *Op. cit.*, p. 116.

<sup>9</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>10</sup> TRENTTO, Cristina. *Contornos da adoção no Brasil*. 2002. 54 f. Monografia de conclusão de curso – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002. p. 50.

<sup>11</sup> A exigência mais comum dos adotantes é que seja o adotando recém-nascido, mas também há preferências quanto à cor da pele, o estado de saúde e o sexo - na pesquisa de Lídia WEBER, por exemplo, 71,4% das crianças adotadas tinham até 3 meses de vida e 70,5% eram brancas (*op. cit.*, p. 109-111). Como diz Cristina TRENTTO, “o grande problema é que muitos adotantes pensam que a Vara da Infância e Juventude é um ‘supermercado de crianças’ e pedem uma criança exatamente igual àquela que eles sonharam, esquecendo-se de que se o filho fosse biológico poderia não ser exatamente como fora imaginado” (*op. cit.*, p. 50).

seus ascendentes, não sendo permitida a inclusão de nenhuma observação sobre a origem do ato (ECA, artigo 47, parágrafos 1º, 2º e 3º). Aliás, na adoção à brasileira o risco de que o filho venha a ter conhecimento sobre a “verdade” é muito maior, visto que pessoas que tiveram participação no ato podem, a qualquer momento, revelar sua origem, como, por exemplo, os próprios pais biológicos, médicos, enfermeiros ou funcionários da maternidade ou do orfanato.<sup>12</sup>

Ainda, comenta Patrícia LAGES, que “o interesse em esconder a verdade pode ser mais prejudicial do que benéfico, uma vez que a relação estará calcada em uma inverdade, e algo que poderia ser encarado com naturalidade, acaba por gerar muitos traumas”.<sup>13</sup> Isso porque a questão da origem da filiação, por ser até então algo proibido, velado, cria um sentimento negativo, como se o simples fato de não existir vínculo genético com os pais colocasse aquele filho em situação de inferioridade. Além disso, o trauma também pode advir da própria anulação do registro de nascimento e do eventual afastamento do filho do seio da família, que, como indica Patrícia LAGES, pode ocorrer em casos extremos, sendo o infante devolvido aos pais biológicos ou encaminhado para instituição de amparo ao menor.<sup>14</sup>

Outro motivo é o desconhecimento do trâmite legal da adoção, que leva o “adotante” a simplesmente fazer o registro de nascimento em seu nome ao invés de encaminhar a criança à Vara de Infância e Juventude para que lá possa ser designada a uma família já inserida no cadastro para a adoção.

Por fim, o altruísmo, razão de grande parte das adoções que se fazem “à brasileira”. Indivíduos movidos por sentimento nobre, de generosidade, desprendimento, acabam por registrar criança de terceiros para poder lhe dar melhores condições de vida, tanto no sentido material como no emocional da expressão.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> SZNICK, Valdir. *Op.cit.*, p. 66.

<sup>13</sup> LAGES, Patrícia de Fúcio. *Adoção à brasileira e o melhor interesse da criança*. 2003. 94 f. Monografia de conclusão de curso – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003. p. 43.

<sup>14</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>15</sup> Valdir SZNICK elenca mais um motivo - porém a ele só se fará menção indireta visto que o presente trabalho trata apenas das hipóteses em que a adoção à brasileira se dá de boa-fé -, qual seja, o intuito de lucro, que ocorre quando os pais biológicos entregam crianças a intermediários,

Qualquer que seja o motivo do ato, entretanto, dele derivam conseqüências tanto no âmbito civil quanto na esfera penal, como se analisará a seguir.

#### 4.1 SANÇÕES CIVIS

Na esfera cível o registro de filho alheio como próprio, por ser realizado através de simulação, pode ser anulado,<sup>16</sup> como se percebe da seguinte decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “o assento de nascimento decorrente de falsa declaração é nulo e, a todo tempo, a pessoa que tenha fundado interesse em torná-lo de nenhuma conseqüência, poderá, através de pretensão regularmente deduzida, requerer ao juiz que assim o declare”.<sup>17</sup> Além disso, há a possibilidade de perda da criança, ou seja, os “adotantes” podem ter a guarda do infante afastada.

A respeito, leciona Eduardo de Oliveira LEITE que, descoberta a adoção irregular, duas são as providências que podem ser tomadas: a) retificar o registro de nascimento, em segredo de justiça, de modo que conste que a criança é filha de pais desconhecidos; b) pedido de adoção do infante.

Quanto à retificação, Antônio CHAVES, citando parecer de Noé AZEVEDO, indica que a retificação deve seguir o disposto nos artigos 109 e seguintes da Lei nº 6.015/73,<sup>18</sup> oficiando-se o Ministério Público e nomeando-se curador especial ao menor (artigo 1.692, do Código Civil de 2002).

---

mediante paga. Segundo o autor, isso ocorre muito em razão das (justas) restrições à adoção por casais estrangeiros com residência no exterior e as pessoas que assim procedem também estão sujeitas às sanções civis e penais, estas últimas inclusive agravadas pelo desejo de lucro (*op. cit.*, p. 65). Vale ressaltar, entretanto, que tal conduta, em relação aos pais biológicos, não se enquadra no tipo do artigo 242 do Código Penal (registrar como seu o filho de outrem), mas se subsume ao artigo 245 do mesmo diploma legal (entrega de filho menor a pessoa inidônea).

<sup>16</sup> Leciona Valdir SZNICK que, nesse caso, “não se trata de, como pensam alguns, de [sic] uma ficção mas sim de pura e simples simulação” (*op. cit.*, p. 66).

<sup>17</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ementa. 2ª CCiv, j. 04/07/1975, RT 484/186. *Apud* Chaves, Antônio. *Adoção*, p. 40.

<sup>18</sup> Prevê o artigo 109, *caput*, da Lei nº 6.015/73 que “quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no registro civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o juiz o ordene, ouvido o órgão do ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório”.

É de se reconhecer, entretanto, que o posicionamento no sentido da anulação ou mesmo da retificação do registro nas hipóteses de adoção à brasileira é baseado na idéia de que o assentamento civil deve corresponder à verdade biológica, juízo que hoje é questionado pela doutrina e pelos tribunais. O que se vem entendendo, então, é que o juiz pode determinar o cancelamento do registro e a regularização da adoção, caso esteja presente a filiação sócio-afetiva.

A respeito, explana Valdir SZNICK que:

“No campo cível o ato, por mais nobreza e grandeza de princípios que se revista, está tismado pela dissimulação e pela infração à lei. Examinados os fatos, os motivos que levaram a assim agir – em especial a ‘santa’ ignorância e desconhecimento da lei – o Magistrado pode, a final, revelar essa falha original e conceder, agora sim de maneira legal, a adoção”.<sup>19</sup>

Aliás, assevera Antônio CHAVES que, no Juizado de Menores da Capital de São Paulo já era prática, nos idos de 1977,<sup>20</sup> que se deferisse, no próprio pedido de adoção ou de legitimação adotiva, o cancelamento do registro falso, de modo a possibilitar a feitura de um assentamento com dados corretos, sem que se punisse quem reconheceu o erro e procurou corrigi-lo.<sup>21</sup>

Por outro lado, há posicionamento ainda mais atual a respeito dessa questão na jurisprudência, que vem decidindo pela manutenção do registro, visto que não seria necessário ratificá-lo porque não estaria em dissonância com a verdade, uma vez que corresponderia à filiação de natureza sociológica, baseada na presença da posse de estado de filho. A título de exemplo, cita-se acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado:

“NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO. CARACTERIZAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Entre a data do nascimento da criança e o ajuizamento da ação transcorreu mais de seis anos. 2. Narrativa da petição inicial demonstra a existência de relação parental. 3. Sendo a filiação um estado social, comprovada a posse do estado de filho, não se justifica a anulação de registro de nascimento por nele não constar o nome do pai biológico e sim o do pai afetivo.

---

<sup>19</sup> SZNICK, Valdir. *Op. cit.*, p. 65.

<sup>20</sup> Data de publicação do artigo, na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>21</sup> CHAVES, Antônio. Falsidade ideológica decorrente do registro de filhos alheios como próprios: pode a sociedade punir um ato cuja nobreza exalça? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 72, n. 2, 1977. p. 104.

4. Reconhecimento da paternidade que se deu de forma regular, livre e consciente, mostrando-se a revogação juridicamente impossível. 5. Hipótese do que a doutrina e jurisprudência nomeiam de adoção à brasileira. NEGADO PROVIMENTO AO APELO.”<sup>22</sup>

Dessa maneira, portanto, procura-se concretizar o melhor interesse da criança pela manutenção do registro de nascimento do infante irregularmente adotado, visto que o próprio cancelamento e todas as implicações dele decorrentes poderiam ser, no mínimo, traumáticos para o infante, que sempre teve como pais aqueles que o criaram, que o educaram, mesmo com eles não possuindo liame biológico algum.

## 4.2 SANÇÕES PENAIS

Além de conseqüências civis, existem sanções penais previstas para o universo de condutas eventualmente tomadas na adoção à brasileira. Assim, as pessoas que participam da adoção feita irregularmente podem incorrer nos tipos previstos nos artigos 228, 229, 238 e 239 do ECA e nos artigos 299, 245 e 242 do Código Penal.

São apenadas pelo ECA as condutas: a) do encarregado de serviço ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante que deixarem de manter registro das atividades desenvolvidas ou não fornecerem à parturiente ou a seu responsável, quando da alta médica, declaração de nascimento, contendo as intercorrências do parto e de desenvolvimento do neonato – pena de detenção de seis meses a dois anos ou, se culposos, detenção de dois a seis meses ou multa (artigo 228); b) do médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante que não identificarem corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto – pena de detenção de seis meses a dois anos ou, se culposos, detenção de dois a seis meses ou multa (artigo 229); c) de quem promete ou efetiva a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa, bem como quem efetiva a paga ou recompensa – pena de reclusão de um a quatro anos e multa (artigo 238); d) de quem promove ou auxilia a efetivação de ato destinado ao

---

<sup>22</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível nº 70012250528, rel. Maria Berenice Dias, j. 14/09/2005. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/index.php#](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php#)>. Acesso em: 29 ago. 2006.

envio de criança para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com fito de obter lucro – pena de reclusão de quatro a seis anos e multa (artigo 239).

O artigo 245 do Código Penal, por sua vez, sanciona aquele que entrega filho menor de dezoito anos a pessoa inidônea – pena de detenção de um a dois anos (*caput*). Caso seja praticado o delito para obter lucro ou se o menor é enviado para o exterior, a pena é de reclusão de um a quatro anos, também incorrendo nessa pena quem auxilia a efetivação do envio do menor ao exterior, com desejo de lucro.

Já quanto ao artigo 299 do Código Penal,<sup>23</sup> que prevê o crime de falsidade ideológica, até 1981 a conduta de adotar à brasileira a ele se subsumia. Ocorre que tal dispositivo não contém nenhuma previsão sobre forma privilegiada, quando o ato é praticado por motivo nobre, razão pela qual os juristas vinham construindo teses na tentativa de abrandar o rigor legal, como indica Antônio CHAVES:

A severidade da norma penal choca-se tão frontalmente com os relevantes motivos sociais que acompanham imemorialmente atos dessa natureza, que os sentimentos do homem médio comum – aos quais não se pode excepcionar o juiz – que, com raras exceções, são unânimes a doutrina e a jurisprudência em diligenciar meios e pretextos para contornar o texto gélido da lei a fim de não cominar pena alguma, quando alguns, entre os milhares de casos que anualmente ocorrem, chegam, por qualquer circunstância às barras dos tribunais, não podendo resistir à verdadeira coação de ordem moral decorrente do alto valor espiritual e humano que inspira tais gestos.<sup>24</sup>

Fundamentavam-se as decisões absolutórias na falta de dolo específico, elemento essencial do tipo previsto no artigo 299, consistente na finalidade de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Entendiam, então, os tribunais, ser necessário, além da vontade

---

<sup>23</sup> Código Penal, art. 299: “Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte”.

<sup>24</sup> CHAVES, Antônio. *Falsidade ideológica...*, p. 94.



consciente de praticar o ato, que a alteração da verdade causasse prejuízo a terceiro, caso contrário ficaria excluída a idéia de criminalidade.<sup>25</sup>

Outros juristas, entretanto, refutavam essa tese, dizendo que havia sim dolo específico mesmo no caso de adoção à brasileira por motivo nobre, estando o objetivo dos “adotantes” claramente tipificado na parte final do artigo 299. Adotavam, então, o entendimento de que a nobreza de razões funcionava como circunstância excludente de criminalidade. O fato seria, então, típico e culpável, porém estaria ausente a antijuridicidade.

Para isso, faziam uma extensa construção no sentido de justificar a existência de causas excludentes da antijuridicidade fora do rol elencado pelo Código Penal (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal, exercício regular de direito), baseando-se no *telos* da norma penal, nos fins que o direito persegue através dela. A respeito, Antônio CHAVES, comenta orientação de Alípio SILVEIRA, que, em sua obra “acentua deverem as exigências da justiça ter o predomínio sobre as considerações formalistas em matéria de antijuridicidade, a esse critério objetivo devendo o juiz penal recorrer para excluir, no caso concreto, o delito, quando entre a previsão legislativa que tipifica uma determinada conduta, e a valoração ético-social do fato *sub judice*, surge uma desarmonia ou contraste”.<sup>26</sup>

Qualquer que seja a linha de pensamento adotada, o fato é que, das demandas sobre adoção à brasileira que chegavam aos tribunais, a maioria resultava em pronunciamentos absolutórios, sendo, portanto, raras as condenações.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Sobre essa questão, Antônio CHAVES cita, novamente, o parecer de Noé AZEVEDO, quando assevera: “nem se diga que há também a alteração da verdade de fato juridicamente relevante como objeto e que este é ínsito na falsa declaração. Se a este a lei se reportasse seria pleonástica evidentemente: a alteração da verdade a que aí se faz menção é outra” (*op. cit.*, p. 93).

<sup>26</sup> *Idem*, p. 100.

<sup>27</sup> Em seu artigo, Antônio CHAVES elenca apenas alguns acórdãos condenatórios - RT, 221/69, 231/61, 251/127, 334/90 e 439/338 -, enquanto a lista de pronunciamentos absolutórios é bastante extensa - RT 149/706, 155/305, 167/541 e 564, 185/122, 190/655, 195/97, 206/83, 218/111, 228/110, 231/663, 235/93, 277/157, 287/448, 288/118, 291/121, 292/115, 303/82, 307/110, 322/124, 329/137, 447/767, 464/336, 479/310; *Revista Forense* 98/199, 140/428, 150/420, 182/334, 199/275, 203/305, 207/327 (*Falsidade ideológica...*, p. 94). Hoje, os acórdãos condenatórios também são em menor número, sendo abundantes aqueles que concedem o perdão judicial. São, todavia, exemplos de acórdãos condenatórios:

Com o advento da Lei nº 6.898/81, modificou-se a redação do *caput* artigo 242 do Código Penal,<sup>28</sup> nele inserindo a conduta de “registrar como seu o filho de outrem”, também sendo incluído no dispositivo um parágrafo único, que abrandou a pena caso o crime seja praticado “por motivo de reconhecida nobreza”.

Tal ato é apenado com reclusão, de dois a seis anos, ou, caso se trate da figura privilegiada, a pena é de detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicá-la.<sup>29</sup>

---

APELAÇÃO CRIME - FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU RECONHECIMENTO DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA OU ARREPENDIMENTO EFICAZ OU POSTERIOR - INVIABILIDADE - PARTO SUPOSTO - ALEGAÇÃO DE MOTIVO NOBRE - INOCORRÊNCIA - APELO IMPROVIDO - 1. É de ser mantida a condenação ante à existência de prova robusta da prática dos crimes de favorecimento da prostituição e parto suposto. 2. Incogitável o reconhecimento da desistência voluntária depois de consumado o crime. 3. O arrependimento posterior (CP, art. 16), por outro lado, só tem cabida quando o agente repara o dano causado, o que não ocorre com o favorecimento da prostituição, cujo prejuízo é irreparável. 4. Não sendo nobre o motivo de registro de filho alheio como próprio, incide o *caput* do art. 242 do Código Penal, e não a figura privilegiada do respectivo parágrafo único. (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Ementa. Apelação Criminal nº 0067473-9, rel. Nunes do Nascimento, Unânime, j. 08.10.1998. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia.asp>>. Acesso em: 28 ago. 2006).

REGISTRO COMO SEU DE FILHO DE OUTREM - MOTIVO DE RECONHECIDA NOBREZA - FALSEAMENTO DA IDADE PARA MATRÍCULA NA PRÉ-ESCOLA - NÃO CARACTERIZAÇÃO - CONDENAÇÃO MANTIDA. Registrar como seu filho de outrem, cuja guarda os agentes detinham há anos, pelo confessado motivo de aumentar-lhe a idade em alguns meses, em ordem a permitir a prematura matrícula da criança no jardim de infância, usando de burla e malícia, decididamente não pode ser considerado motivo nobre, para fins de reconhecimento da forma privilegiada do delito e concessão de perdão judicial RECURSO IMPROVIDO. (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Ementa. Apelação Criminal nº 0124393-4, rel. Luiz Mateus de Lima, Unânime, j. 07.11.2002. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia.asp>>. Acesso em 18 ago. 2006).

<sup>28</sup> Código Penal, art. 242, com redação dada pela Lei nº 6.898/81: “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena”.

<sup>29</sup> Um exemplo de aplicação do perdão judicial é o acórdão assim ementado: “APELAÇÃO CRIME - REGISTRO DE FILHO ALHEIO COMO PRÓPRIO - CONDENAÇÃO - INCONFORMISMO DOS RÉUS - pedido de absolvição, em virtude do erro de proibição ou aplicação da forma privilegiada do art. 242, parágrafo único, do Código Penal - exclusão da culpabilidade não caracterizada - apelantes que tinham total conhecimento da ilicitude da sua conduta, pois registraram a menina em uma cidade diversa da do seu domicílio, a fim de melhor encobrir a farsa - apelantes que alegaram perante a oficial do registro civil que a criança havia nascido em casa e obtiveram uma outra declaração de nascido vivo, pois a original estava em nome da genitora biológica da menor - elemento subjetivo plenamente configurado - casal que realizou a ‘adoção à brasileira’, já possui outros cinco filhos e uma renda mensal modesta - genitora da criança que pretendia abortar e foi amparada pelo casal - ato realizado por motivo de nobreza e altruísmo - incidência da hipótese do art. 242, parágrafo único, do Código Penal - concessão do perdão judicial - recursos parcialmente providos” (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Ementa. Apelação Criminal nº 170084-9, rel.

No entanto, apesar de o texto da lei expressar uma faculdade do magistrado quanto ao perdão judicial, entendem a doutrina e a jurisprudência que, caso presentes as condições necessárias para tanto, a não aplicação da pena torna-se verdadeiro direito subjetivo do réu, como bem explana Luiz Regis PRADO: “a outorga, pelo magistrado, do perdão, se presente o motivo de reconhecida nobreza, é direito subjetivo do réu, e não mera faculdade. Em todo caso, ante a alternatividade consagrada pelo artigo 242, parágrafo único, pode o juiz optar – motivando sua decisão – pela aplicação do privilégio ou pela concessão do perdão, extinguindo a punibilidade do delito”.<sup>30</sup>

Quanto à natureza da sentença que defere o perdão judicial, Valdir SZNICK entende-a como condenatória, afirmando que o juiz primeiro condena e impõe a pena, concedendo o perdão judicial apenas em um momento posterior. Segundo esse entendimento, o réu não cumpre a pena nem é considerado reincidente, porém tem seu nome incluído no rol dos culpados.<sup>31</sup>

Todavia, mesmo em face da Súmula 18 do STJ,<sup>32</sup> deve-se considerar tal sentença como de natureza declaratória, portanto, sem o condão de produzir efeito condenatório algum, como se extrai do seguinte julgado:

REGISTRO DE FILHO DE OUTREM. Inquestionáveis a materialidade e a autoria delituosa, nada convence da inocorrência do dolo, genérico ou específico, mormente se o falso registro teve, entre outros, o propósito de evitar a burocracia de uma adoção. Caracterizado, pois, o delito, resta indubitado, de outra banda, que o apelante agiu, precipuamente, movido por sentimento nobilitante e bem por isso fazia jus ao perdão judicial que lhe foi concedido, não havendo, todavia, razão para que, diante da primariedade, dos bons antecedentes do apelante e das demais circunstâncias que lindaram o ocorrido, não se optasse pela solução mais branda prevista no parágrafo único do artigo 242, deixando-se de aplicar a pena, com a subsequente declaração de extinção da punibilidade, abrangente dos efeitos primários e

---

Fábio Haick Dalla Vecchia, j. 09.06.2005. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia.asp>>. Acesso em 18 ago. 2006).

<sup>30</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial, arts. 184 a 288. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 495.

<sup>31</sup> SZNICK, Valdir. *Op. cit.*, p. 70.

<sup>32</sup> Súmula 18 do STJ: “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”.

secundários da condenação, inclusive com a não inclusão do nome do réu no rol dos culpados.<sup>33</sup>

No mesmo sentido, a seguinte decisão do STJ:

PENAL. PERDÃO JUDICIAL. NATUREZA DA SENTENÇA CONCESSIVA. A função sancionadora da sentença condenatória, no processo penal, traduz-se na aplicação de pena. Sendo, no entanto, da essência do perdão judicial a não aplicação da pena, como se deduz dos dispositivos pertinentes do Código Penal, não se pode cogitar de condenação. A sentença concessiva do perdão judicial é extintiva da punibilidade, não sofrendo o réu nenhuma consequência penal. Interpretação dos arts. 107, IX e 120, do Código Penal.<sup>34</sup>

O propósito de tal mudança foi realmente abrandar o rigor da lei penal, porém o que aconteceu, na prática, foi o contrário, já que não há mais a possibilidade de absolvição no caso de delito praticado por motivo nobre, como resta demonstrado na seguinte ementa:

A jurisprudência aplicada para o caso antes da lei referida era mais benigna que a atual disposição, porque implicava falta de justa causa para a ação penal quando emergia o motivo nobre. Ao contrário da atual situação, em que o Código comina a pena de detenção de um a dois anos, ocorrendo a hipótese facultativa do perdão judicial (parágrafo único do art. 242). Assim, uma vez constatado o motivo nobre, aplica-se aquela jurisprudência ao crime ocorrido antes da vigência da Lei 6.898/91. Se, porém, não se faz presente o motivo de nobreza, aplica-se a nova redação do artigo 242, mais branda que o art. 299 do CP, que comina a pena de reclusão de um a cinco anos (...).<sup>35</sup>

Assim sendo, por tudo o que foi exposto, percebe-se que, quando alguém pratica a adoção à brasileira por motivo altruísta, por vezes acaba não sendo sancionado, seja no campo cível ou no âmbito penal. O que se exige hoje é uma postura mais de acordo com os preceitos constitucionais, que prezam pela proteção integral do infante, forçando uma solução mais justa e condizente com os valores sociais, motivo pelo qual, como se viu, tem-se até mesmo mantido os registros das crianças assim adotadas, em consonância com o princípio do melhor interesse.

---

<sup>33</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Ementa. Apelação Criminal, rel. Barbosa de Almeida, *RJD* 11/134. Disponível em: <<http://www.tacrim.sp.gov.br>>. Acesso em 28 ago. 2006.

<sup>34</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa. Recurso Especial nº 1501-PR, rel. Min. Costa Leite, Maioria, j. 03.04.1990. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 28 ago. 2006.

<sup>35</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ementa. Habeas Corpus, rel. Jarbas Mazzoni, *RT* 660/279. Disponível em: <<http://juris.tj.sp.gov.br>>. Acesso em 28 ago. 2006.

### 4.3 A QUESTÃO DA IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO À BRASILEIRA

É prática muito comum que o cônjuge ou companheiro registre como seu o filho do outro cônjuge ou companheiro, até como forma de demonstração de amor, passando, então, a cuidar e educar o infante como se existisse entre eles reais laços de sangue.

Bastante comum também é o desejo de anular esse registro quando há separação do casal, tendo chegado ao fim o afeto entre homem e mulher. Porém, teria o pai ou mãe “adotivo” esse direito? Afirmar Regina Tavares SILVA que “segundo entendimento de alguns anos atrás, indiscutivelmente a resposta seria sim. Hoje em dia, a resposta pode ser não”.<sup>36</sup>

Com efeito, freqüentemente realizava-se a desconstituição do registro pelo fato de não ser condizente com a verdade biológica. Assim entende o Des. Antonio Carlos Stangler PEREIRA, quando afirma, em voto vencido em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que: “o registro civil deve refletir a verdade biológica, e uma falsa declaração não pode prevalecer, sob pena de se estar acobertando uma falsidade, que pode ser contestada a partir do momento em que a menor registrada venha a completar a maioridade”.<sup>37</sup>

No mesmo sentido as seguintes ementas, provenientes do mesmo Tribunal:

O REGISTRO DEVE SER O ESPELHO DA REALIDADE, NÃO PODENDO SEUS ASSENTAMENTOS ACOBERTAR UMA FALSIDADE IDEOLÓGICA. A ADOÇÃO À BRASILEIRA NÃO PODE SUBSISTIR, POIS AFRONTA A VERDADE BIOLÓGICA E A LEI.<sup>38</sup>

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. DETERMINAÇÃO DE PERÍCIA GENÉTICA, NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. O registro de nascimento se rege pelo critério da verdade biológica da filiação e não se pode impedir a descoberta da verdade real, com a ficção de um registro feito por quem não é o

---

<sup>36</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Paternidade socioafetiva*. Disponível em: <[http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Regina\\_socioafetiva.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Regina_socioafetiva.doc)>. Acesso em 29 jun. 2006.

<sup>37</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível nº 70010310233, rel. Rui Portanova, j. 23/12/2004. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/index.php#](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php#)>. Acesso em 28 ago. 2006.

<sup>38</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível nº 70003966272, rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 04/04/2002. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/index.php#](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php#)>. Acesso em 28 ago. 2006.

verdadeiro pai, que na ocasião registrou um filho que não era seu, usando do artifício denominado de adoção à brasileira.(...).<sup>39</sup>

Para os que assim entendem, a adoção à brasileira traduz uma falsidade, devendo, portanto, ser anulada, não sendo possível sua subsistência, como indica o seguinte acórdão, que, inclusive, não a reconhece como forma de paternidade sócio-afetiva:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ADOÇÃO À BRASILEIRA. INAPLICABILIDADE. CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL. A chamada adoção à brasileira não encontra previsão legal, pois se trata de uma fraude frente ao registro civil e não está submetida à irrevogabilidade conforme previsão expressa do artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois não se configura uma adoção. A dita paternidade socioafetiva é uma criação jurisprudencial que encontra aplicabilidade somente nos casos dos chamados filhos de criação, mas que não eram filhos legítimos. Apelo Provido.<sup>40</sup>

No entanto, a jurisprudência, hoje, passa a considerar, cada vez mais, a adoção irregular como forma irrevogável de adoção, se presentes os elementos essenciais da posse de estado de filho, a construir uma paternidade com base em laços de afeto.

Aliás, passa-se a entender que, por vezes, decidir o contrário, isto é, optar pelo desfazimento do registro civil pode ser prejudicial ao filho, não só no sentido material, mas principalmente no que tange ao seu psicológico, pois se estará desestruturando tudo aquilo que ele, até então, tinha como fato acerca de sua filiação. Seria como retirar do filho aquelas figuras que ele sempre teve como pais e inculcar nele uma nova verdade, de todo desconhecida, estranha, e muitas vezes mal-vinda.

Assim sendo, começam a decidir os tribunais pela manutenção do vínculo, tendo em vista o interesse do próprio “adotando”, como se percebe nas seguintes ementas:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO. CARACTERIZAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Entre a data do nascimento da criança e

---

<sup>39</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível nº 599403755, rel. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 07/12/2000. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/index.php#](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php#)>. Acesso em 28 ago. 2006.

<sup>40</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível nº 70010031615, rel. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 23/12/2004. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/index.php#](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php#)>. Acesso em 28 ago. 2006.

o ajuizamento da ação transcorreu mais de seis anos. 2. Narrativa da petição inicial demonstra a existência de relação parental. 3. Sendo a filiação um estado social, comprovada a posse do estado de filho, não se justifica a anulação de registro de nascimento por nele não constar o nome do pai biológico e sim o do pai afetivo. 4. Reconhecimento da paternidade que se deu de forma regular, livre e consciente, mostrando-se a revogação juridicamente impossível. 5. Hipótese do que a doutrina e jurisprudência nomeiam de adoção à brasileira. NEGADO PROVIMENTO AO APELO.<sup>41</sup>

DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - DEMANDA MOVIDA POR TERCEIRO - ILEGITIMIDADE - EXAME DE DNA QUE EXCLUI O ESTADO DE FILIAÇÃO - IRRELEVÂNCIA NA HIPÓTESE - RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO, VOLUNTÁRIO E IRRESPONSÁVEL DA PATERNIDADE - ATITUDE QUE EM PRINCÍPIO APARENTA GESTO DE NOBREZA E QUE POSTERIORMENTE, ANTE A FRUSTRAÇÃO DO RELACIONAMENTO MANTIDO COM A GENITORA DO MENOR, TRANSFORMA-SE EM DESASTRE PARA O INFANTE - COMPORTAMENTO QUE DEVE SER DESESTIMULADO EM HOMENAGEM AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL ESTATUÍDOS NO ART. 226, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO - IRREVOGABILIDADE DO ATO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º DA LEI 8.560/92 E 1.609 E 1.610 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - RECURSO PROVIDO 1. É um contra-senso pretender-se a busca da verdade real, com arrimo em exame pericial do DNA, quando o próprio interessado fez questão de esconder a dita verdade e, ipso facto, declarar espontânea e voluntariamente uma falsa paternidade, sem sopesar as conseqüências que poderiam advir para si e, sobretudo, para o menor. No confronto de tais interesses, há que prevalecer o da criança, porquanto inserido numa realidade sócio-afetiva sem ter o direito nem sequer de opinar. É que, "na aplicação da lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado" (REsp n.º 4.987, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 2. O Poder Judiciário, através de suas decisões, não deve estimular tais atitudes, eis que absolutamente irresponsáveis e sustentadas, na maioria das vezes, em interesses pessoais de quem confirma falsamente a paternidade. 3. "Não configura motivo de nobreza se o agente registra a filha em seu nome enquanto convivia com a mãe, ingressando com ação negatória de paternidade ao separar-se".<sup>42</sup>

APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS E DESCONSTITUIÇÃO DE PATERNIDADE. Reconhecimento de filho havido fora do casamento é irrevogável. Ausência de demonstração de vício de consentimento na ocasião em que foi efetuado o registro civil da infante. O reconhecimento espontâneo da paternidade por quem sabe não ser o pai biológico tipifica verdadeira adoção, a qual é irrevogável. Inteligência do art. 1.609, I, do CC. RECURSO PROVIDO.<sup>43</sup>

Na verdade, geralmente só se defere a negatória de paternidade ou maternidade caso reste comprovado que o ato do registro foi eivado de vício de

---

<sup>41</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível n.º 70012250528, rel. Maria Berenice Dias, j. 14/09/2005. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/index.php#](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php#)>. Acesso em 28 ago. 2006.

<sup>42</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível n.º 70006332209, rel. Desª Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 30.9.2004. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/index.php#](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php#)>. Acesso em 28 ago. 2006.

<sup>43</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível n.º 70010660173, rel. Catarina Rita Krieger Martins, j. 04/08/2005. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/index.php#](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php#)>. Acesso em 28 ago. 2006.

consentimento (como erro, dolo ou coação). Com o fito de exemplificar tal entendimento, colaciona-se a seguinte ementa:

APELAÇÃO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. DESCONSTITUIÇÃO DO REGISTRO. CABIMENTO. Adequado seja desconstituído o registro de paternidade. Tal registro não espelha a realidade biológica, uma vez que dois exames de DNA afastaram de forma definitiva essa possibilidade. E não espelha também a verdade socioafetiva, porquanto ausente qualquer prova de relacionamento entre apelante e apelado. Ademais, o apelante registrou o apelado como se filho seu fosse porque foi induzido, pelos fatos, a pensar que era mesmo o pai. Logo, o registro ocorreu por uma percepção equivocada da realidade, o que faz com que esteja maculado pelo erro (CCB, art. 138). Por derradeiro, a adoção à brasileira não se amolda ao caso presente. Só faz adoção à brasileira quem registra como filho uma criança que sabe não ser sua. No caso dos autos, ao contrário, o apelante só fez o registro porque pensava ser o pai. DERAM PROVIMENTO.<sup>44</sup>

Ademais, o reconhecimento da adoção à brasileira como forma de estabelecimento da filiação, na dimensão sócio-afetiva, melhor coaduna-se com os princípios dos artigos 226 e 227 da Constituição, inclusive com o posicionamento mais atual acerca da adoção, como assevera Patrícia LAGES: “se a adoção, atualmente, volta-se a dar uma família a uma criança, é inadmissível que se negue tal condição àquele que por toda a vida foi tratado como filho, pelo simples fato de o procedimento adotado ter sido irregular”.<sup>45</sup>

É de se concluir, portanto, que na análise da adoção à brasileira deve-se levar em conta as particularidades do caso concreto, sempre atentando para a presença da posse de estado de filho, a indicar a existência da filiação sociológica, afastando a própria falsidade do registro. Deve-se ter em mente, portanto, que um filho é uma responsabilidade para a vida, é um ser humano e não algo descartável, que possa ser assumido quando conveniente e dispensado quando já não mais convém.

---

<sup>44</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível nº 70012386769, rel. Rui Portanova, j. 30/03/2006. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/index.php#](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php#)>. Acesso em 28 ago. 2006.

<sup>45</sup> LAGES, Patrícia. *Op. cit.*, p. 54.



## CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro ficou, por muito tempo, encarcerado em uma idéia fictícia de filiação, atribuindo a paternidade ao marido da mãe, sem se importar se isso refletiria a realidade vivida no dia-a-dia do núcleo familiar.

Ora, uma vez que se tinha como dogma a certeza da maternidade (*mater semper certa est*), através de uma presunção é que se concluía pela paternidade do marido (*pater is est quem nuptiae demonstrant*). Tal ficção era estabelecida para proteger a “família legítima”, a qual, oriunda de justas núpcias, era a única que detinha verdadeiro reconhecimento jurídico, sendo as demais formas de organização familiar deixadas à margem da lei.

Aliás, essa família matrimonializada, consagrada no Código Civil de 1916, era também patrimonializada, hierarquizada e transpessoal, ou seja, a família como instituição, na qual se prezava mais pelo “ter” que pelo “ser”, era, em si, mais importante que seus próprios membros, os quais tinham a vida regrada exatamente para sua manutenção, sob a chefia de um pai, ao qual todos deviam a mais estrita obediência.

Com efeito, viu-se, no presente trabalho, que esse modelo de família, oriundo do próprio Direito Romano, perdurou até a industrialização e urbanização que se implantaram no País em meados do século XX, época em que se começou a questionar a ordem vigente, exigindo-se modificações na legislação de modo que esta melhor se amoldasse à realidade vigente. Paulatinamente, então, foram-se editando leis que estabeleceram maior igualdade de direitos e deveres, seja entre marido e mulher, seja entre as diferentes “espécies” de filhos (legítimos, ilegítimos e adotivos).

Tal movimento teve seu ápice na Constituição de 1988, que estabeleceu a direção diárquica da família, colocando os cônjuges em pé de igualdade, além de determinar a absoluta isonomia entre os filhos, que não mais poderiam ser discriminados em razão da situação jurídica dos pais.

Consagrou, também, a Carta Maior, a família eudemonista, voltada para o desenvolvimento da personalidade de seus membros e fundada em um importante elemento – a afetividade. Além disso, previu, em relação às crianças e adolescentes,

a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse, que retiram o infante da situação de objeto para colocá-lo em posição de sujeito de direitos.

Aproximadamente na mesma época, começaram a ser realizados no Brasil os exames de DNA, que trouxeram uma diferente visão quanto à filiação. A partir de então, doutrina e jurisprudência passaram a dar grande importância à “verdade real” da parentalidade, visto o grau elevado de probabilidade na investigação de liame genético entre pais e filhos.

No entanto, se é certo que o exame de DNA quebrou uma primeira barreira em relação à idéia clássica de parentalidade determinada juridicamente, também é verdadeiro que se começou a questionar se somente o vínculo biológico seria suficiente para determinar a verdade da filiação. Isso ocorreu porque estudos, primeiramente na psiquiatria e psicologia, e somente depois na área jurídica, passaram a perceber a importância da afetividade nos laços de família.

Essa filiação de cunho sócio-afetivo seria estabelecida pela posse de estado de filho, ou seja, pela presença de elementos (basicamente nome, trato e fama) que indicam a existência de ligação emocional entre pais e filhos, construída no cotidiano através do carinho, do amor e da dedicação constantes.

Viu-se, também, no decorrer do trabalho, que essas três dimensões da parentalidade – jurídica, biológica e afetiva – podem apontar em direções diferentes, ocorrendo um conflito entre elas, o qual deve ser solucionado tendo-se em vista o melhor interesse da criança. Tal princípio, consagrado constitucionalmente e enfatizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, determina ao aplicador do direito que analise, no caso concreto, as particularidades da situação e decida segundo aquilo que trará maiores vantagens (ou menores prejuízos) ao infante, considerando sempre sua dignidade e a potencialidade de desenvolvimento de seus potenciais enquanto ser humano.

Restou demonstrado, ainda, que houve uma evolução também quanto ao instituto da adoção, o qual, nessa perspectiva de melhor atender às necessidades da criança, deixou de ser um instrumento egoístico com a única finalidade de dar filhos àqueles pais que não puderam tê-los naturalmente, para se tornar uma ferramenta em benefício do próprio adotando, que passou a ser o sujeito principal, centro de todas as atenções e preocupações no decorrer de todo o processo de adoção.

Ao final, tratou-se, no presente trabalho, da adoção feita de forma irregular, ou seja, realizada através do simples registro em cartório do filho no nome dos pais “adotivos”. Longe de se acreditar que se conseguiu esgotar o tema nesse singelo estudo acadêmico, devido à diversidade e magnitude das circunstâncias encontradas na prática e da existência de parco material dedicado à questão pela doutrina, procurou-se sistematizar os diversos entendimentos e as diferentes posições que envolvem a adoção à brasileira.

Nessa perspectiva, então, foram estabelecidas quais as sanções civis que eventualmente podem sofrer os indivíduos que realizam a adoção dessa forma, quais sejam, o cancelamento ou a retificação do registro, além da possibilidade de perda da criança, em casos extremos. Verificou-se, porém, que a jurisprudência, em posição mais atual e concatenada com os preceitos constitucionais, começa a decidir pela manutenção do assentamento civil, caso presente a posse de estado de filho, visto que tal documento, nessa situação, espelha a dimensão sociológica da filiação, tão verdadeira quanto à jurídica ou quanto à biológica.

Por sua vez, a consequência penal principal a que estão sujeitos aos pais que adotam à brasileira são as previstas no artigo 242 do Código Penal, que, no entanto, prevê uma forma privilegiada do delito em questão, possibilitando, inclusive, a concessão do perdão judicial, que extingue a própria punibilidade.

Por fim, analisando-se a jurisprudência, concluiu-se que os tribunais vêm decidindo pela irrevogabilidade da adoção à brasileira que, por ser manifestação livre da vontade, não pode ser desconstituída a não ser em casos de vício de consentimento. Em outras palavras, mesmo não sendo obedecido o devido processo legal nessas adoções, como filho não é objeto que possa ser descartado ao bel prazer, continuam a existir os deveres dos pais relativos ao reconhecimento daquela filiação, a não ser que as circunstâncias justifiquem o desfazimento do vínculo paterno-filial.

Claramente, não se quis exaltar ou incitar a realização da adoção fora da legalidade, porém mostrou-se que não se pode fechar os olhos a uma realidade que ocorre no dia-a-dia de muitas famílias nesse País. Ora, se é certo que a adoção através do procedimento judicial é mais segura, deve-se procurar informar a população sobre a forma correta de agir, além de estabelecer soluções para as

situações já concretizadas que efetivamente realizem os princípios traçados pela constituição, em especial o melhor interesse da criança.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA**: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. Prova do DNA: uma evidência absoluta? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, ano 1, n. 2, p. 143-149, jul./ago./set. 1999.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 201-213.

BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BEVILÁQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, [19--]. v. 1.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 23 jun. 2006.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 4.737, de 20 de setembro de 1942. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=152607>>. Acesso em 28 jun. 2006.

\_\_\_\_\_. Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949. Disponível em: <[http://dji.com.br/leis\\_ordinarias/1949-000883-rfi/0883-49.htm](http://dji.com.br/leis_ordinarias/1949-000883-rfi/0883-49.htm)>. Acesso em 29 jun. 2006.

\_\_\_\_\_. Lei nº 3.133, de 08 de maio de 1957. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=111572>>. Acesso em 08 ago. 2006.

- \_\_\_\_\_. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <[http://dji.com.br/leis\\_ordinarias/1962-004121-emc/4121-62.html](http://dji.com.br/leis_ordinarias/1962-004121-emc/4121-62.html)>. Acesso em 29 jun. 2006.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 4.655, de 02 de junho de 1965. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=188100>>. Acesso em 29 jun. 2006.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L6015.htm>>. Acesso em 27 ago. 2006.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1977/6515.htm>>. Acesso em 28 jun. 2006.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=212528>>. Acesso em 01 ago. 2006.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 6.898, de 30 de março de 1981. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=126569>>. Acesso em 27 ago. 2006.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 7.250, de 14 de novembro de 1984. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=129090>>. Acesso em: 28 jun. 2006.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=133228>>. Acesso em: 28 jun. 2006.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em 13 ago. 2006.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=137382>>. Acesso em 28 jun. 2006.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 20 jun. 2006.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Ementa. Recurso Especial nº 1501-PR, rel. Min. Costa Leite, Maioria, j. 03.04.1990. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 28 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 18. A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stj/stj\\_\\_0001a0030.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0001a0030.htm)>. Acesso em 26 ago. 2006.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Novos contornos do direito da filiação: a dimensão afetiva das relações parentais**. Disponível em: <[http://www.direitodafamilia.net/listaartigo\\_Detalhado.asp?idartigo=117](http://www.direitodafamilia.net/listaartigo_Detalhado.asp?idartigo=117)>. Acesso em: 29 jun. 2006.

CARDOSO, Simone Tassinari. Do contrato parental à socioafetividade. In: ARONNE, Ricardo (org.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. v. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 10-110.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. A tripla parentalidade (biológica, registral e socioafetiva). **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, ano 7, n. 31, p. 143-160, ago./set. 2005.

CHAVES, Antônio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

\_\_\_\_\_. Falsidade ideológica decorrente do registro de filhos alheios como próprios: pode a sociedade punir um ato cuja nobreza exalça? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 72, n. 2., p. 87-105, 1977.

**Convenção Internacional dos Direitos da Criança**. Disponível em <[http://www.risolidaria.org.br/vivalei/outrasleis/conv\\_inter.jsp](http://www.risolidaria.org.br/vivalei/outrasleis/conv_inter.jsp)>. Acesso em 13 ago. 2006.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. 8. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

**Declaração Universal dos Direitos da Criança.** Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex41.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm)>. Acesso em: 29 jul. 2006.

DELINSKI, Julie Cristine. **A questão da filiação sócio-afetiva:** a nova concepção de família e o estabelecimento da paternidade com fundamento na “posse de estado de filho”. 1995. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1995.

**Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <<http://daleth.cjf.gov.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 29 ago. 2006.

FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Averiguação e investigação de paternidade extramatrimonial:** comentários à Lei nº 8.560/92. Curitiba: Genesis, 1995.

\_\_\_\_\_. **Da paternidade:** relação biológica e afetiva. Porto Alegre: Fabris, 1992.

\_\_\_\_\_. **Elementos críticos do direito de família:** curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre: Fabris, 1992.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, a. 1, v. 4, out./dez. 2000, 243-263.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio:** uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). **Código penal e sua interpretação jurisprudencial:** parte especial. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.



FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal. Edição crítica coordenada por Guillermo Giucci, Enrique Rodríguez Larreta e Edson Nery da Fonseca. Madrid; Barcelona, La Habana; Lisboa; Paris, México; Buenos Aires, São Paulo; Lima; Guatemala; San José: ALLCA XX, 2002.

FURTADO, Alessandra Moraes Alves de Souza e. Paternidade biológica x paternidade declarada: quando a verdade vem à tona. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, ano 4, n. 13, p. 13-23, abr./maio/jun. 2002.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim. A presunção da paternidade no casamento e na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e cidadania**: o novo Código Civil brasileiro e a vacatio legis. Anais do III Congresso brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 363-377.

LAGES, Patrícia de Fúcio. **Adoção à brasileira e o melhor interesse da criança**. 2003. 94 f. Monografia de conclusão de curso – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito de família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

LINS E SILVA, Paulo. **O Anteprojeto do novo Código Civil**: um retrocesso para a família brasileira. Disponível em <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=21>>. Acesso em: 03 set. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, ano 5, n. 9, p. 133-156, ago./set. 2003.

\_\_\_\_\_. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 1, n. 3, p. 35-41, jul./set. 2000.

\_\_\_\_\_. A repersonalização das relações de família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

MAIDANA, Jédison Daltrozo. O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, ano 6, n. 24, p. 50-79, jun./jul. 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Ementa. Apelação Criminal nº 0067473-9, rel. Nunes do Nascimento, Unânime, j. 08.10.1998. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia.asp>>. Acesso em: 28 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Paraná. Ementa. Apelação Criminal nº 0124393-4, rel. Luiz Mateus de Lima, Unânime, j. 07.11.2002. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia.asp>>. Acesso em 18 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Paraná. Ementa. Apelação Criminal nº 170084-9, rel. Fábio Haick Dalla Vecchia, j. 09.06.2005. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia.asp>>. Acesso em 18 ago. 2006

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 215-234.

PERROT, Michelle (Org.). **História da vida privada**: da Revolução Francesa à Primeira Guerra. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

\_\_\_\_\_. O nó e o ninho. **Veja: 25 anos**: Reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993. p. 75-81.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 184 a 288. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível nº 590081733, rel. Des. Luiz Fernando Koch, j. 12/03/1991. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 27 jul. 2006.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível nº 70012250528, rel. Maria Berenice Dias, j. 14/09/2005. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/index.php#](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php#)>. Acesso em: 29 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível nº 70010310233, rel. Rui Portanova, j. 23/12/2004. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/index.php#](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php#)>. Acesso em 28 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível nº 70003966272, rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 04/04/2002. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/index.php#](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php#)>. Acesso em 28 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível nº 599403755, rel. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 07/12/2000. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/index.php#](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php#)>. Acesso em 28 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível nº 70010031615, rel. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 23/12/2004. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/index.php#](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php#)>. Acesso em 28 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível nº 70012250528, rel. Maria Berenice Dias, j. 14/09/2005. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/index.php#](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php#)>. Acesso em 28 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível nº 70006332209, rel. Des<sup>a</sup> Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 30.9.2004. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/index.php#](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php#)>. Acesso em 28 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível nº 70010660173, rel. Catarina Rita Krieger Martins, j. 04/08/2005. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/index.php#](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php#)>. Acesso em 28 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível nº 70012386769, rel. Rui Portanova, j. 30/03/2006. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/index.php#](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php#)>. Acesso em 28 ago. 2006.

RUSSO, José. As sociedades afetivas e sua evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, ano 7, n. 32, p. 40-49, out./nov. 2005.

SAMARA, Eni de Mesquita. **A família brasileira**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Ementa. Apelação Criminal, rel. Barbosa de Almeida, *RJD* 11/134. Disponível em: <<http://www.tacrim.sp.gov.br>>. Acesso em 28 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ementa. Habeas Corpus, rel. Jarbas Mazzoni, *RT* 660/279. Disponível em: <<http://juris.tj.sp.gov.br>>. Acesso em 28 ago. 2006.

SCHWARCZ, Lilia Moritz (Org.). **História da vida privada no Brasil**: contrastes da intimidade contemporânea. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SEVCENKO, Nicolau (Org.). **História da vida privada no Brasil**: República: da Belle Époque à Era do Rádio. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Paternidade sócio-afetiva**. Disponível em: <[http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Regina\\_socioafetiva.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Regina_socioafetiva.doc)>. Acesso em 29 jun. 2006.

SILVA, Reinaldo Pereira e. O exame de DNA e a sua influência na investigação de paternidade biológica. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 68-97.

SOUZA, Laura de Mello e (Org.). **História da vida privada no Brasil**: cotidiano e vida privada na América portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

SZNICK, Valdir. Crimes cometidos contra a adoção. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, ano 17, n. 114, p. 65-70, julho 1993.

- TRENTO, Cristina. **Contornos da adoção no Brasil**. 2002. 54 f. Monografia de conclusão de curso – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.
- VELOSO, Zeno. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 379-390.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- VEYNE, Paul (Org.). **História da vida privada**: do Império Romano ao ano mil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- VILELLA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano 4, n. 21, p. 400-417, maio 1979.
- WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- WEBER, Lúcia Natalia Dobrianskyj. **Pais e filhos por adoção no Brasil**: características, expectativas e sentimentos. Curitiba: Juruá, 2001.